

الخوانساری

جامع

الملاذک



ع

جامع الملاذک

فی

شرح المختصر النافع

لشیخنا محمد بن محمد بن عبد الله

الحاج الشیخ محمد الخوانساری

قدس سره

مؤسسہ اسلامیہ علیہ

للطباعة والنشر والتوزيع
ایمان پم. ٹریننگ رابرٹ

- * نام کتاب : جامع المدارك، فى شرح المختصر النافع
- * نویسنده : مرحوم آية الله العظمى حاج سيد احمد خوانسارى (قدس سره)
- * ناشر : مؤلف
- * تیراژ : ۳۰۰۰ دوره ، در ۶ مجلد
- * نوبت چاپ : دوم
- * تاریخ انتشار : ۱۳۶۴ هـ . ش - ۱۴۰۵ هـ . ق

جَامِعُ الْمَدَارِكِ

فِي

شرح المختصر النافع

لمؤلفه الفقيه

سَيِّدُ الْحَجَرِ الْمُتَّقِ الْحَاجُّ السَّيِّدُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ

«قدس سره»

عَلَّمَ عَلَيْنَا عَلَى أَكْبَرِ الْعَفَّارِ

الناشر

مَكْتَبَةُ الْبَيْتِ

لهران - بازار - سرای اردیشت

جنب مسجد سلطانی تلفن ۵۳۶۵۱۳

۱۴۰۵ هـ ق

الطبعة الثانية

الجزء الرابع

لیتوگرافی، چاپ و صحافی: اسماعیلیان - قم



كِتَابُ الْوُقُوفِ

وَالصَّدَقَاتِ وَالْهَبَاتِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، الصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين

﴿ أما الوقف فهو تحبيس الأصل وإطلاق المنفعة ولفظه الصريح «وقفت» وما عداه يفترق إلى القرينة الدالة على التأييد ، ويعتبر فيه القبض ولو كان لمصلحة كالقناطر أو موضع عبادة كالمساجد قبضه الناظر فيها ، ولو كان على طفل قبضه الولي كالأب والجد للأب أو الوصي . ولو وقف عليه الأب أو الجد صح لأنه مقبوض بيده ﴾ .

حقيقة الوقف تحبيس الأصل وتسهيل المنفعة أو الثمرة ، وليس المراد من المنفعة ما يقابل العين ، فإن مياه القنوات أعيان ومع ذلك تعد منافع ويصح الوقف باعتبار تسهيلها ، ولعل التعبير بالتسهيل أولى من الإطلاق حيث أن التسهيل المراد منه جعل الشيء في سبيل الله وهو المناسب بجعل الوقف من الصدقات المعتبر فيها قصد القرية ، وظاهر كلماتهم قد استأرارهم اعتبار اللفظ الصريح أو ما يقوم مقامه مما كان مقروناً بالقرينة الدالة على التأييد وتقريب هذا بأن العين الموقوفة لا بد من خروجها عن ملك الواقف ، فكل ما يحتمل مدخليته في تحقق الوقف لا بد من إحرازه .

ويمكن أن يقال بعد صدق الصدقة مع عدم اللفظ كما لو بنا مسجداً بقصد المسجدية

أو بنا قنطرة لعبور المسلمين أو بنا مدرسة لطالاب العلوم الدينية يكون ماصدق عليه مشمولاً لمادلاً على ترتب المثوبة وهو لازم الصحة ومع فرض كون الوقف عقداً محتاجاً إلى الإيجاب والقبول يكون مشمولاً لعموم «أوفوا بالعقود» بل لعموم «المؤمنون عند شروطهم» بناء على صدق الشرط على الالتزام، ولو لم يكن في ضمن التزام آخر، هذا مضافاً إلى سيرة المسلمين حيث يعاملون معاملة الوقفية بالنسبة إلى المساجد والمدارس والمشاهد الشريفة وما يصرف في عمارتها بمجرّد البناء والعمارة بقصد الوقفية مع عدم الانشاء اللفظي الصريح أو ما يقوم مقامه.

وأمّا التأييد في الحبس فالظاهر أنه يجمع عليه ولولا الإجماع لا شكل إثبات لزومه بما استدلّ به من الأخبار المتضمنة لأوقاف الأئمة صلوات الله عليهم لا يمكن أن يكون التأييد المذكور فيها قيداً من دون المدخلية في حقيقة الوقف كما أن التأييد غير مأخوذ في حقيقة الوقف المفسر بالتحسيس.

وهل يكون الوقف من العقود يعتبر فيه القبول مطلقاً أولاً يعتبر فيه مطلقاً فيكون من الإيقاعات أو يفصل بين الوقف على الجهات العامة كالمساجد والمقابر ونحوهما، و الوقف على العناوين الكلية كالوقف على الفقراء وبين الوقف الخاص كالوقف على الذرية؟ يمكن أن يقال: إن احتمل مدخلية القبول في حقيقة الوقف فلا مجال للتفصيل بل لا بدّ في الوقف من اعتبار القبول لأنّه مع فرض وجود إطلاق يدلّ على مجبوية الوقف لا بدّ من إحراز الوقفية، وإن لم يحتمل المدخلية في حقيقته فمع وجود الإطلاق يرفع اعتباره مطلقاً، ومع عدم الإطلاق لا بدّ من الاحتياط بناء على ما هو المعروف من أصالة الفساد في المعاملات، نعم بناء على جريان أصالة عدم الاعتبار تمسكاً بحديث الرّفع في أمثال المقام ينفي الاعتبار و يبعد اعتبار القبول أن القبول لا بدّ أن يكون من طرف العقد أو من يقوم مقامه، و الطرف في الوقف على الجهات العامة، والعناوين الكلية لا يكون قابلاً لأن يتحقّق منه القبول وما هو المعروف من قبول الحاكم أو الناظر للوقف لم يظهر وجهه فإنّ الناظر ليس طرفاً للعقد ولا ولياً له، و الحاكم لم يثبت ولايته بحيث نعم مثل المقام وإن قلنا بالولاية العامة له، ألا ترى أنّه لو هب شيئاً

للموجودين في البلد الرّجال و النساء و الولدان هل يصحّ قبول الحاكم حتى يتحقق الهبة بدون قبول الموهوب لهم أو قبول وكيلهم أو أوليائهم ، و في الوقف الخاصّ المعروف كفاية قبول الموجودين بأنفسهم أو وكيلهم أو أوليائهم مع أنّ الطرف ليس خصوص الموجودين و لا ولاية للموجودين على الطبقة اللاحقة المعلومين ، ولا يبعد قيام السيرة على معاملة الوقفية على المساجد و المقابر و المدارس مع عدم تحقق القبول بل لا يبعد استفادة عدم الاعتبار من الأخبار الواردة في أوقاف الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين و الاحتياط لا ينبغي تركه .

و أمّا اعتبار القبض فالظاهر أنّه لا خلاف فيه و استدللّ عليه بما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن صفوان بن يحيى عن أبي الحسن عليه السلام قال : « سألت عن الرّجل يقف الضيعة ، ثمّ يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً ؟ فقال : إن كان وقفها لولده ولغيرهم ثمّ جعل لها قيماً لم يكن له أن يرجع فيها و إن كانوا صفاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها ، و إن كانوا كباراً ولم يسلمها إليهم و لم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها لأنّهم لا يحوزونها عنه و قد بلغوا ، ^(١) .

و ما رواه الصدوق في كتاب كمال الدّين و تمام النعمة بسنده إلى محمد بن جعفر الأسديّ ، عن محمد بن عثمان ، عن صاحب الزّمان عليه السلام ، و رواه الطبرسيّ في الاحتجاج ^(٢) عن أبي الحسين محمد بن جعفر الأسديّ ، عن محمد بن عثمان ، عن صاحب الزّمان عليه السلام قال : « وأمّا ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا و ما يجعل لنا ثمّ يحتاج إليه صاحبه فكلّ ما لم يسلم فصاحبه بالخيار و كلّ ما سلّم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج أولم يحتج ، افتقر إليه أو استغنى - إلى أن قال : - وأمّا ما سألت من أمر الرّجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة يسلمها لمن يقوم فيها و يعمرها و يؤدّي من دخلها خراجها و مؤوتنها و يجعل ما بقي من الدّخل لناحيتنا فإنّ ذلك جائز لمن جعله صاحب

(١) الوسائل ج ٢ ص ٦٥٢ كتاب الوقوف والصدقات ب ٢ ح ٢ .

(٢) راجع الوسائل ص ٦٥٣ تحت رقم ٨ .

الضيعة قيمًا عليها إنما لا يجوز ذلك لغيره .

و يمكن الاستدلال بخبر عبيد بن زرارة ، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا ؟ قال : إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث ، فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لأن الوالد هو الذي يلي أمره ، وقال عليه السلام : لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله ^(١) .

و تقريب الاستدلال بأن الصدقة في لسان الأخبار تطلق على الوقف فإذا كان السؤال عن التصديق القابل لأن يكون المراد منه الوقف فالجواب باشتراط القبض من دون السؤال عما أريد من المتصدق يشمل صورة الوقف ، فلا يرد ما عن المسالك من احتمال الاختصاص بالصدقة غير الوقف ولا حاجة إلى التمسك بفهم الأصحاب (قدس الله أسرارهم) حتى يشكك بأنه مع عدم وجود قرينة على ما ذكروا كيف يؤخذه ، و ما ذكر في المسالك مؤيداً للحمل على الصدقة غير الوقف مما ذكر في آخر الحديث . و قال : « لا يرجع في الصدقة - الخ ، حيث أن الحكم من خواص الصدقة الخاصة لا الوقف يشكل من جهة منع كون هذا الحكم من خواص الصدقة الخاصة .

نعم قد يستشكل في اعتبار القبض في الوقف على الجهات العامة من جهة اختصاص الأخبار المذكورة بغيره ولا يبعد التمسك بما في بعضها من التعليل فإن قوله عليه السلام على المحكى في الصحيح عن الصفوان « لأنهم لا يحوزونها وقد بلغوا » لعله يستظهر منه أن الحيابة معتبرة في تمامية الوقف من دون الاختصاص بخصوص المورد ، وعلى هذا يشكل الاكتفاء في الوقف على الجهات العامة بقبض الناظر إذا كان خارجاً عن العنوان ، ففي مثل المدارس يتحقق القبض بتصرف الطلبة ، و في مثل القناطر يتحقق بعبور المارين فمع كون الناظر خارجاً كيف يكتفى بقبضه ، نعم لو وقف أرضاً مثلاً على أن يصرف منافعها لجهة المسجد بأن تصرف للماء اللازم للوضوء و السراج و الخادم مثلاً فالظاهر كفاية قبض المتولي للمسجد و مع عدم المتولي يتصدى الحاكم أو عدول المؤمنين ، ولو كن الوقف على الطفل بقبض وليه من الأب و الجد و الوصي و المراد منه الذي جعله

(١) المصدر ص ٦٥٣ ب ٢ تحت رقم ٥ :

الأب الولي أو الجد للأب قيماً على الطفل ، والدليل على كفاية قبض الولي صحيح صفوان وخبر عبيد بن زرارة ، وعلى كفاية قبض القيم ما دل على كونه قائماً مقام الولي الشرعي . ولو وقف الأب أو الجد للأب كفى كون العين الموقوفة بيده في القبض لكن الظاهر اعتبار قصد كونها بيده بعنوان كونها راجعة إلى المولى عليه فمع الغفلة وعدم التوجه يشكل الكفاية ، وهذا بملاحظة التعليق المذكور في بعض الأخبار بأنه يلي أمره .

والنظر إما في الشروط أو اللواحق . والشروط أربعة أقسام الأول في الوقف ويشترط فيه التنجيز ، والدوام ، والإقباض ، وإخراجه عن نفسه ، فلو كان إلى أمد كان حبساً ، ولو جعله لمن ينقرض غالباً صح . ويرجع بعد موت الموقوف عليه إلى ورثة الواقف طلقاً ، وقيل ينتقل إلى ورثة الموقوف عليه ، والأول مروي ، ولو شرط عوده عند الحاجة فقولان أشبههما البطلان .

أما اشتراط التنجيز فهو المشهور بل ادعى الإجماع عليه فإن تم وإلا فلا دليل عليه من الأخبار وفي الحقائق لم أقف عليه في جملة من كتب المتقدمين وقد يقال ظاهر ما دل على تسبب الأسباب ترتب آثارها حال وقوعها . ويشكل من جهة أن المراد من الأثر إن كان هو ما لاحاله منتظرة معه فمن المعلوم أن الإيجاب قبل مجيء القبول وكذا القبول قبل تحقق القبض فيما يعتبر فيه القبض لا يترتب عليهما الأثر بهذا المعنى حال وقوعهما ، وإن كان المراد ما يترتب عليهما من حيث الجزئية فالأثر بهذا المعنى غير متخلف كما في الوجوب المشروط ، فاعلمة الإجماع إن تم كما في سائر العقود والإيقاعات ولا يخفى أن نظرهم إلى اعتبار عدم التعليق على غير ما هو معلق عليه شرعاً وعند العقلاء فلو علق البيع على الملكية والوقف على الملكية فالظاهر عدم الإشكال فيه كما لو علق الطلاق على الزوجية لأن التعليق في أمثال هذه محقق .

وأما اشتراط الدوام فقد سبق الكلام فيه .

وأما اعتبار الإقباض الظاهر في كونه بائناً الواقف فلا يكتفى بالقبض بدون الإذن فهو المشهور وقد يستدل عليه بما ورد عن صاحب الزمان أرواحنا له الفداء وفيه

« فكل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار ، و كل ما سلم فإختيار » لكن في صحيح صفوان « فله أن يرجع فيها لأنهم لا يحوزونها » و ظاهره كفاية الحيازة ، ولو لم يكن بالإذن الواقف ، ومع التعارض لا يبعد التمسك بعموم ما دل على ترتب المثوبة على الصدقة الجارية حيث أن ترتبها فرع الصحة فتأمل .

و قد يعلل لزوم الإذن بأنه بدون الإذن تصرف في مال الغير بدون إذنه و هو حرام ، و يرد عليه أولاً أنه أخص من المدعى لا مكان أن يكون العين الموقوفة بيد الموقوف عليه بعنوان العارية أو الوديعة أو يكون الموقوف عليه وكيلًا مجازاً في التصرف . والإذن في ضمن العارية أو الوديعة أو الوكالة غير مربوط بالإذن بعنوان الوقفية ، و ثانياً أنه مع فرض الحرمة التكليفية نقول لا منافاة بين هذه الحرمة وبين صحة الوقف وضعاً و قد سبق نظير هذا الكلام في القبض المعتبر في الرهن في كتاب الرهن .

وأما اعتبار إخراجهم عن نفسه فالظاهر عدم الخلاف فيه إلا ما حكى عن ابن الجنيدي و استدلل عليه بمكاتبة علي بن سليمان إلى أبي الحسن عليه السلام « جعلت فداك ليس لي ولدولي ضياع ورثتها عن أبي وبعضها استفدتها و لا آمن الحدثان ، فإن لم يكن لي ولدٌ وحدث بي حدث فماترى جعلت فداك لي أن أقف بعضها على فقراء إخواني والمستضعفين أو أبيعها و أتصدق بثمانها عليهم في حياتي فإنني أتخوف أن لا ينفذ الوقف بعد موتي ، فإن وقفتها في حياتي فلي أن آكل منها أيام حياتي أم لا ؟ فكتب عليه السلام فهمت كتابك في أمر ضياعك فليس لك أن تأكل منها من الصدقة فإن أنت أكلت منها لم تنفذ إن كان لك ورثة فبيع و تصدق ببعض ثمنها في حياتك ، وإن تصدقت أمسكت لنفسك ما يقوتك مثل ما صنع أمير المؤمنين عليه السلام ^(١) .

و خبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه « إن رجلاً تصدق بدار له و هو ساكن فيها فقال عليه السلام : الحين اخرج منها ^(٢) .

و نوقش بأن الخبرين مع عدم و فائهما بجميع صور المسألة يمكن الخدشة في

دالتهما ، أما الخبر فواضح إذ ليس مقتضاه إلا وجوب الخروج عن الدار بعد أن وقفها على غيره ولا دلالة فيه على عدم جواز الوقف على نفسه ، وأما المكاتب فالظاهر أنه أيضاً كذلك فالمراد أنه إذا وقف على الفقراء لا يجوز أن يأكل مادام حياته ، ولا دلالة فيها على عدم جواز أن يجعل شيئاً من الوقف لنفسه مدّة حياته ، و يمكن أن يقال : لعلّ نظر المستدلّ بالخبر المذكور إلى أنه مع صدق العنوان الموقوف عليه على الواقف ليس له أن تسكن فيها فإنه مع كون الوقف على الغير لا شبهة في كون الواقف أجنبياً ليس له التصرف و لأقلّ من شمول مورد السؤال إن كان سؤال في البين لما ذكر من صدق العنوان على نفس الواقف فإذا لم يجزله التصرف في هذه الصورة فلعلّ صورة الوقف على نفسه بالاستقلال لا تصحّ بطريق أولى . وأما المكاتب فلعلّ نظر المكاتب إلى أنه مع الوقف على المستضعفين وكون نفسه منهم يجوز له أن يأكل منه أم لا ، فأجيب بعدم الجواز و إلاّ فالوقف على الإخوان كيف يجوز للواقف الخارج أن يأكل منه حتّى يحتاج إلى السؤال و لأقلّ من احتمال كون نظر السائل إلى ما ذكر فالجواب بالمنع مع هذا الاحتمال يشمل هذه الصورة و إلاّ للزم السؤال عن مراد السائل ، ثمّ إنه بعد الفراق عن اعتبار التأييد في الوقف فلو جعله إلى أمد كان حبساً ولا يكون باطلاً كما قيل لكفاية قصد حقيقة الحبس وهو متحقق وتخيّل أنه وقف يترتب عليه آثار الوقفية لا يضرّ ولم يؤخذ في مفهوم الوقف التأييد حتّى يقال مع قصد الوقف في الإنشاء كيف يتحقّق ما هو مبين له ، ولا مجال أيضاً لدعوى التباين من جهة أن مقتضى الوقف الخروج عن ملك الواقف و الدخول في ملك الموقوف عليه ، ومقتضى الحبس عدم الخروج عن ملك العابس لأنّ الخروج عن ملك الواقف في الوقف من جهة التأييد هو منتف .

و يمكن أن يقال ما ذكر من أنه إذا جعله إلى أمد يكون حبساً في ما يكون قابلاً للبقاء ، وأما ما لا يكون قابلاً للبقاء و زامنة فلامانع من كونه إلى أمد يكون منتهى ماليته وكونه زامنة فلامانع من كونه وفقاً مع ذكر الأمد و خروجه عن ملك الواقف حيث أنه كما أن الحبس الأبدى لا يلائم مع بقاء الملكية و المالية للواقف عند العقلاء كذلك لو حبس ما لعمره أمد إلى آخر عمره لا يلائم حبسه كذلك مع بقائه

على الملكية والمالية للحابس ، نعم لو وقف مثل بستان أو دار و نحوهما مما له عنوان خاص ينتفع بمفع بقاء العنوان فزال العنوان كأن صار البستان عرصةً وانهدمت الدار وصارت عرصة لا يخرج الأرض في مثل الدار و البستان بل و الأشجار اليابسة عن المالية مع حفظ الدوام .

و أما لوجعله لمن ينقرض غالباً فالمشهور أنه صح وقفاً و مقتضى القاعدة بقاءه على ملك الحابس ومع موته قبل الانقراض يرجع إلى من يرثه عند الموت ولم يظهر فرق بين الوقف بهذا النحو و الحبس كما ذكر قولاً آخر به ، نعم من التزم بأن العين الموقوفة تنتقل إلى الموقوف عليه و تخرج عن ملك الواقف يفرق بين الوقف و الحبس في المقام حيث إنه على الوقف يخرج عن ملك الواقف بخلاف القول بكونه حبساً لكن مع ذلك إن قلنا بأنه بعد الانقراض ينتقل إلى ملك ورثة الواقف حين موته لا تظهر ثمرة ، و إن قلنا بالانتقال إلى ورثته حين انقراض الموقوف عليه تظهر الثمرة لكن الحق أنه لا دليل على انتقال العين الموقوفة إلى الموقوف عليه ، غاية الأمر في الوقف المؤبد حيث إنه لا أمد له لا يعتبر العقلاء الملكية للواقف ولا يوجب هذا كون العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم أو للجهة ولا مانع من كونها بلامالك ، و ما ذكر لا يجري في الوقف المنقطع ، واستدل على الصحة و إن كان حبساً في الواقع بصحيح ابن مهزيار ، قلت له : روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام إن كل وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة و كل وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة و أنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام ؛ فكتب عليه السلام هو كذلك عندي ،^(١)

وقد يقال : إن المراد من التوقيت وعدمه فيه هو ذكر الموقوف عليه وعدمه بقرينة صحيح الصفار ، كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو ، فقد روي أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة ، و إذا كان موقتاً فهو صحيح ممضى ، و قال قوم : إن الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان وعقبه فإذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، قال :

(١) الوسائل ج ٢ ص ٦٥٥ ب ٧ تحت رقم ١ :

وقال آخرون : هو موقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا ، ولم يذكر في آخره الفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، والذي هو غير موقت أن يقول : هذا وقفٌ ولم يذكر أحداً فما الذي يصحُّ من ذلك والذي يبطل ؟ فوقع عليه السلام : الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله ^(١) .

و أورد على هذا القائل أولاً أن كلاهما يعني الخبرين خبر مستقل ولا وجه لجعل أحدهما قرينة على الآخر بل اللازم الأخذ بمفاد كل منهما ، و ثانياً أنه يمكن حمل الثاني أيضاً على إرادة المدّة من التوقيت فيه ويكون ذكر الموقوف عليه على الوجه المذكور لبيان المدّة و حاصل السؤال أن الموقت فسر بوجهين أحدهما مع التأييد والآخر بدونه فأيهما الصحيح ، ومقتضى قوله عليه السلام «الوقوف - إلى آخره» صحة كل منهما .

و يمكن أن يقال : إن ما ذكر من الإيراد أولاً على قول القائل يشكّل من جهة أنه يظهر أن الوقف الموقت والغير الموقت كانا معروفين ويريد السائل السؤال عن المراد بعد معلومية اختلاف حكمهما ، فالظاهر أن الوقف الموقت بكلا المعنيين صحيح وإن كان ما لم يذكر فيه التأييد حبساً حقيقة في مقابل الوقف المؤبد .

و أما شرط العود إلى نفسه عند الحاجة فالمحكى عن الأكثر صحته وعن جماعة البطلان و استدللّ للقول بالبطلان بخبر إسماعيل بن الفضل عن أبي عبدالله عليه السلام عن الرّجل يتصدّق ببعض ماله في حياته في كلّ وجه من وجوه الخير و قال : إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحقُّ به ، ترى ذلك له ؟ وقد جعله الله يكون له في حياته فإذا هلك الرّجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقة ؟ قال عليه السلام : يرجع ميراثاً على أهله ، ^(٢) .

و نقله في المسالك و قال : « إن احتجت إلى شيء من مالي أو من غلّته فأني أحقُّ به أله ذلك و قد جعله الله ؟ و كيف يكون حاله إذا هلك الرّجل أيرجع ميراثاً - إلى آخره - » .

(١) المصدر ب ٧ تحت رقم ٢ .

(٢) المصدر ب ٣ تحت رقم ٣ .

و خبره الآخر عنه عليه السلام أيضاً « من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحقُّ بها ، ثم مات الرجل فإنها ترجع إلى الميراث » فإنَّ حكمه عليه السلام بالرُّجوع إلى الميراث بعد السؤال عن صحة هذا الشرط و عدمها و عن رجوعه ميراثاً و عدمه إذا شرط هذا الشرط في الخبر الأوَّل و بالرُّجوع إليه في الخبر الثاني بقول مطلق من غير سبق سؤال ظاهر في بطلانه .

و يمكن أن يقال : إنَّ الخبر الأوَّل ظاهر في أنَّ المتصدِّق هل له أن يشترط الشرط المذكور مع أنَّه جعله لله فكأنَّ صحة التصدُّق مفروغٌ عنها و السؤال عن صحة الشرط و فسادها فأجيب ظاهراً بصحة الشرط المذكور و قرَّر على صحة التصدُّق فالخبر دليل على الصحة لا على الفساد ، والخبر الثاني لو لم يكن فيه ما ذكر فيه فإنها ترجع إلى الميراث ، لكن ظاهراً في البطلان ، لكن معه لا ظهور له و لا أقلَّ من الإجمال و معه لا مجال لرفع اليد عن ظهور الخبر الأوَّل في الصحة .

❦ الثاني في الموقوف و يشترط أن يكون عيناً مملوكة ينتفع بها مع بقائها انتفاعاً محلاً و يصحُّ إقباضها مشاعة كانت أو مقسومة ❦ .

إذا كان حقيقة الوقف تحبیس الأصل و تسبیل المنفعة كما يظهر من بعض الأخبار فلا بدَّ أن يكون الموقوفة عين لها منفعة و اعتبار المملوكیة بمعنى كونها تحت سلطنة الواقف لأنَّه مع عدم السلطنة ليس للواقف التحبیس و التسبیل فما كان الانتفاء به با تلافه لا يصحُّ وقفه ، و على هذا فلا مانع من وقف الدَّین و الكلِّی فی الذَّمة مع القابلیة للبقاء و الانتفاع بالمنافع لكن ادَّعی الإجماع على عدم الصحة ، فإنَّ تمَّ الإجماع و إلا فلا مانع حيث يصحُّ الإقباض و بقاء العين و الانتفاع بالمنفعة ، و الظاهر أنَّ الإجماع في خصوص الكلِّی فی الذَّمة لا الكلِّی في المعین فإنَّ الظاهر أنَّ حاله حال المشاع الذي لا إشكال في صحته وقفه ، و ما يقال من أنَّ المستفاد من قوله عليه السلام « حبس الأصل سبيل الثمرة » و ما وقع من وقوف المعصومين اعتبار فعلية التهيؤ للمنفعة في الأصل الذي يراد حبسه ولا ريب في انعدام التهيؤ فعلاً للكلِّی المسلم فيه مثلاً ممنوع . و أما اعتبار كون المنفعة المقصودة محللة فلا شبهة فيه حيث إنَّ الشارع لم يجوز

الاتفاع بالمنافع الغير المحللة فكيف يمضي الوقف الذي يكون النظر فيه إلى المنافع المحرمة كوقف الدأبة لحمل الخمر مثلاً مضافاً إلى التعبير بالصدقة في لسان الأخبار، وبعد اعتبار الإقباض لا بد من صحة الإقباض فلا يصح وقف الطير في الهواء ولا وقف العبد الآبق ولو مع الضميمة مع اليأس عن العصور عليه نعم لو قدر الموقوف عليه على القبض مع إذن الواقف فالظاهر الصحة، بل لا يبعد الصحة مع احتمال التمكن إذا حصل التمكن، ولا إشكال ولا خلاف في صحة وقف العين المشاعة وقبضها كقبض العين المبيعة.

هو الثالث في الواقف ويشترط فيه البلوغ، وكمال العقل، وجواز التصرف، وفي وقف من بلغ عشرين عاماً تردّد، المروي جواز صدقته، والأولى المنع، ويجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه على الأشبه، وإن أطلق فالنظر لأرباب الوقف.

لا إشكال في عدم صحة تصرفات غير البالغ بالاستقلال، ومع إجازة الولي المشهور عدم الصحة، وإثباته بحسب الأدلة مشكل، وقدمر الكلام فيه في كتاب البيع، وأما البالغ عشر سنين فقد اختلفوا في صحة وقفه، والمشهور عدم صحته لعموم ما دل على عدم صحة تصرفات غير البالغ، وعن المفيد (قدس سره) صحة وقفه ولعله للأخبار الواردة في جواز صدقته بناءً على أن المراد منها ما يشمل الوقف أيضاً ففي خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز في ماله ما أعتق أو صدّق أو أوصى على حدّ معروف وحقّ فهو جائز»^(١).

وفي موثقة جميل بن درّاج عن أحدهما عليه السلام «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، وصدقته وصيته وإن لم يحتلم»^(٢) وفي موثقة الحلبي، وعبد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام «سئل عن صدقة الغلام ما لم يحتلم؟ قال عليه السلام: نعم إذا وضعها في موضع الصدقة»^(٣) وقد يستشكل بأنه يمكن أن يقال إن المراد من الصدقة في هذه الأخبار الصدقات الجزئية الصادرة منه لا مثل الوقف، ولا أقل من الشكّ فالأقوى عدم الصحة، ولم يظهر وجه للإشكال إلا دعوى الانصراف وهي ممنوعة خصوصاً مع

ذكر العتق والوصية و على أي تقدير الظاهر عدم الاشكال في صحة وصيته للأخبار المأمول بها فإذا أوصى بالوقف صح عنه وقف الوصي .

وأما اشتراط كمال العقل وجواز التصرف فإن كان النظر فيه إلى إخراج المجنون فوجهه واضح وإن كان النظر إلى إخراج السفیه فمن جهة ممنوعيته بالنسبة إلى أمواله ، وأما تصرفاته بالنسبة إلى مال الغير كما لو وكله الغير أو كان وصياً فلا مانع له .

وأما جواز جعل النظر لنفسه فالظاهر عدم الاشكال فيه واستدل عليه بمادل على وجوب الوفاء بالشروط إلا ما أحل حراماً أو حرّم حلالاً ولا يبعد التمسك بما في التوقيع الخارج من الناحية المقدسة ، وأما ما سألت من أمر الرّجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة يسلمها من قد يقوم بها و يعمرها ويؤدّي من دخلها خراجها و مؤنتها و يجعل ما يبقى من الدّخل لناحيتنا فإن ذلك لمن جعله صاحب الضيعة قيماً عليها إنما لا يجوز ذلك لغيره - الحديث ^(١) بملاحظة ذيله «فإن ذلك لمن جعله - الخ» فإنّه يشمل نفسه إلا أن يقال : لم يعلم كون الضيعة وقفاً ولعلها كانت حبساً فلم يخرج عن ملك الحابس و من المعلوم أن الاختيار للمالك .

وأما التمسك بما دل على وجوب الوفاء بالشروط فلا يخلو عن الاشكال لأنّه إن كان الشرط خصوص ما كان في ضمن العقد كالبيع والإجارة فشموله للمقام مبني على كون الوقف من العقود ، وفيه إشكال ، ثم إن ظاهر مادل على وجوب الوفاء أن ما شرط على نفسه يجب الوفاء به وليس كون النظر لنفسه أو لغيره ممّا شرط على نفسه حتّى يجب الوفاء ، نعم إن كان مفاد الأدلة لزوم كل شرط كلزوم العقد أمكن الاستدلال به مع قطع النظر عمّا ذكر ، و يمكن التمسك لصحة جعل التولية للغير بحكاية صدقة الكاظم ^(٢) بأرضه وقد جعل على المحكيّ الولاية فيها إلى الرضا عليه السلام و ابنه إبراهيم ثم على من بعدهم على الترتيب المذكور في الخبر ، وأما التمسك بما ورد من «أن الوقف

(١) تقدم ص ٤ .

(٢) راجع الوسائل ج ٢ ص ٦٥٥ .

على ما يوقفها أهلها، فلا يخلو عن الاشكال لأن تعيين الناظر ليس من كيفية الوقف ولا أقل من الشك. هذا مع التعيين وأمام عدم التعيين ففيه أقوال فنقول : لا مجال لاحتمال كونه للواقف سواء قلنا بخروج الموقوفة عن ملكه كما في الوقف المؤبد أم لا كما في الوقف المنقطع الآخر إن قلنا بكونه وفقاً لأجسأ لكون الواقف في الصورة الأولى أجنبياً وكذا في الصورة الثانية لأن الملكية بهذا النحو لا توجب حقاً للمالك بالنسبة إلى زمان الحبس أو الوقف ألا ترى أن الموجر لا حق له بالنسبة إلى المنافع الرجعة إلى المستأجر وقد يدفع احتمال كون التولية راجعة إلى الموقوف عليهم بأنهم بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة أجنبيون ويشكل بأن هذا يوجب سلب سلطنتهم بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة دون الطبقة الموجودة وإذا كان منافع العين الموقوفة راجعة إلى صنف خاص بنحو الشريك كالوقف على الأولاد ففي الحقيقة تكون المنفعة مشتركة بين أشخاص وهم مسيطرون على أموالهم فلا حاجة إلى تولي غيرهم من الحاكم أو عدول المؤمنين إلا مع قصورهم كما لو كانوا صغاراً أو مجانين أو سفهاء ، ومع عدم الشريك كما لو كانوا الموقوف عليهم غير محصورين فلا مانع من كون الموقوف عليهم حالهم حال من أبيع لهم الأقال حيث لا يكون تصرفهم محتاجاً إلى إذن الغير وتعيينه كوقف المعابرو القناطر والمقابر . ومما ذكر ظهر أنه على فرض عدم الملكية للموقوف عليهم وكونهم مصرفاً أيضاً لا إشكال ، ومما ذكر يظهر حال الوقف على الجهات العامة والحاصل أنه لم يظهر وجه للزوم مداخله الحاكم أو عدول المؤمنين من جهة تصرف الموقوف عليهم أو تصرف الناس في الوقف على الجهات ، نعم إذا احتاج العين الموقوفة إلى الإصلاح والعمارة يتولى الحاكم أو عدول المؤمنين أو غيرهم .

الرابع في الموقوف عليه ويشترط وجوده وتعيينه ، وأن يكون ممن يملك وأن لا يكون الوقف عليه محرماً فلو وقف على من سيوجد لم يصح ، ولو وقف على موجود وبعده على من يوجد صح ، والوقف على البر يصرف على الفقراء وجوه القرب ، ولا يصح وقف المسلم على البيعة والكنايس ، ولو وقف على ذلك الكافر صح . وفيه وجه آخر . ولا يقف المسلم على الحرمي ولو كان رحماً ، ويقف على الذمي

و لو كان أجنبياً ❊ .

أما اشتراط وجود الموقوف عليه ففي الجملة لا إشكال فيه ، فمع عدم القابلية للوجود بعد ذلك كما لو وقف داراً لسكنى زيد فتبين موته فلا إشكال في بطلانه لعدم اعتبار العقلاء و أما صورة القابلية للوجود كالوقف على من سيوجد ويوجد بعد الوقف فادعى الإجماع على بطلانه و علل بأن الملكية صفة وجودية تستدعي محلاً موجوداً فإن تم الإجماع وإلا فالوجه المذكور لا يثبت المدعى لأنه من المسلم صحة الوقف على الطبقة الموجودة و الطبقة اللاحقة المعدومة في زمان الطبقة الموجودة ، و القواعد العقلية غير قابلة للتخصيص و يرد النقص بتمليك الثمرة المعدومة ، و الظاهر عدم الإشكال في صحة الوقف على الحجاج والزوار و إمام مسجد خاص مع عدم وجودهم بالعناوين المذكورة في الوقف ، و أما لزوم تعيين الموقوف عليه فالظاهر عدم الخلاف فيه فلا يصح مع عدم التعيين فإن تم الإجماع عليه وإلا فالوجه العقلي وإن الملكية صفة وجودية تحتاج إلى محل معين لا يتم كما في طرف المملوك حيث يصح الوصية بأحد العبدین .

و أما اشتراط القابلية للتملك فهو مبني على كون منافع العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم و يتفرع عليه عدم صحة الوقف على المملوك على القول بعدم أهليته للتملك ولا على الحربي على القول بعدم تملكه لما في يده حيث إن ماله فيء للمسلمين ولا على المرتد الفطري حيث إن أمواله لورثته ، ويشكل بمنع كون الوقف بقول مطلق تمليكاً للمنفعة .

و ثانياً لا نسلم عدم التملك للمذكورين فإن الحق أن العبد يملك غاية الأمر أنه محجور ولا نسلم عدم تملك الحربي ، والمرتد الفطري يقسم أمواله المملوكة في زمان إسلامه بين ورثته وأما أمواله التي حصلت له بعد الارتداد فلا يستفاد من الأدلة إنتقالها إلى ورثته .

و أما اشتراط أن لا يكون الوقف عليه محرماً كمعونة الزناة والشاربين للخمر و شراء الكتب المحرفة من التوراة والإنجيل فالظاهر عدم الخلاف فيه وعلل بأنه إعانة

على المحرم فمع اعتبار قصد القرية في الوقف لا إشكال ومع عدم اعتباره أيضاً يمكن أن يقال : إذا كان منهياً عنه فهو غير ممضى شرعاً ، كما يظهر مما ورد في نكاح العبد بغير إذن المولى من أنه ما عصى الله وإنما عصى سيدها فما كان معصية لله تبارك وتعالى لا يصح ولا ينافي هذا صحة وقف الكفار البيع والكنائس لأنهم مقرؤون على مذاهبهم مع تحقق الشرائط كصحة بيع الخمر والخنزير بينهم .

و أما الوقف على من سيوجد فادعى الإجماع على بطلانه وقد سبق الإشكال فيه لولا الإجماع ، وأما الوقف على موجود وبعده على من يوجد فلا إشكال في صحته .
والوقف على البر يصرف على الفقراء ووجه القرب .

وقد ظهر مما ذكر عدم جواز الوقف على البيع والكنائس للمسلم وإن جاز للكافر من جهة كونه مقرراً على مذهبه .

وأما وقف المسلم للحربي ففيه أقوال والظاهر عدم الاشكال لما دل على جواز الصدقة عليه والآية الشريفة « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرؤهم وتقسطوا إليهم » وأما قوله تعالى « لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم » فلا يظهر منه المنع لعدم الملازمة بين التصديق على الكافر والإحسان إليهم في المواد فان الآية الشريفة آية عن التخصيص ولا إشكال في جواز إكرام الضيف الكافر والإحسان إليه كما حكي من عيادة اليهودي المريض وقد يقال : المنع المستفاد من الآية إنما هو عن المواد من حيث كونها محادة لا مطلقاً فلا تدل على المنع في المقام ، ويشكل من جهة أنه إذا قال المولى لعبده : لا تعاشر الفاسق فلا يستفاد منه النهي عن معاشره الفاسق من حيث فسقه بل يظهر منه النهي عن المعاشره مطلقاً . نعم الظاهر من الآية السابقة « لا ينهاكم الله - إلى آخره » التقييد بعدم كون الكافر ممن يقاتل في الدين و ممن يخرج المسلمين من ديارهم فيشكل الوقف على من يقاتل في الدين و يخرج المسلمين من ديارهم .

ولو وقف المسلم على الفقراء أنصرف إلى فقراء المسلمين ، ولو كان كافراً أنصرف إلى فقراء نحلته والمسلمون من صلى إلى القبلة ، والمؤمنون الاثنى عشرية وهم الإمامية

وقيل مجتنبوا الكبائر خاصة . والشيعه : الإمامية والجارودية . والزيدية : من قال بإمامة زيد . والقطعية : من قال بالأفطح . والإسماعيلية : من قال بإسماعيل بن جعفر عليه السلام . والناوسية : من وقف على جعفر بن محمد عليه السلام . والواقفية : من وقف على موسى بن جعفر عليه السلام . والكيسانية : من قال بإمامة محمد بن الحنفية . ولو وصفهم بنسبة إلى عالم كان بمن دان بمقاتله كالحنفية ، ولو نسبهم إلى أب كان لمن اتسب بالأبناء دون البنات على الخلاف كالعلوية والهاشمية ، ويتساوى فيه الذكور والإناث . وقومه أهل لفته ، وعشيرة الأدنون في نسبه . ويرجع بالجيران إلى العرف وقيل بمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً . وقيل إلى أربعين داراً وهو مطرح ﴿﴾ .

دعوى الانصراف في الفقراء لا تخلو عن الاشكال خصوصاً إذا كان الواقف ممن لا يفرق بين الفقراء ويكون نظره إلى إعانة الضعيف كائناً من كان ، وعلى فرض التسليم لا يبعد الانصراف إلى أهل مذهبه وما ذكر في تفسير بعض العناوين بشكل الأخذ به بنحو الاطلاق لاختلاف الأعصار فلا بد من ملاحظة عرف الواقف ففي عرفنا لا يختص المؤمن بمجتنبي الكبائر ولعل الشيعه خصوص الاثنى عشرية ولا أقل من الانصراف ، ولا يراد من القوم أهل اللغة بل العشيرة الأدنون وإن اختلفت اللغة .

وقد اختلف الأخبار في تفسير المؤمن فيستفاد من بعضها أن الإيمان مركب من الإقرار باللسان والاعتقاد بالجنان والعمل بالأركان ، ويستفاد من بعضها أنه الإقرار باللسان والتصديق بالجنان ، وقد يجمع بحمل المطلق على المقيّد ولا يخفى الإشكال فيه فإن مقام التحديد والتعريف لا يناسب الإطلاق وضرب القانون حتى يقيد ، الأولى حمل ما دل على مدخلية العمل بالأركان على المرتبة الكاملة ويؤيد ما ذكر ما روي في مقاتلة أصحاب أمير المؤمنين صلوات الله عليه مع أصحاب معاوية من ذكر الآية الشريفة « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا - الآية » ، وعلى فرض التسليم الحمل على المعنى المذكور في الأخبار مبني على توجه الواقف إلى ذلك المعنى ولذا لو وقف غير الشيعه الاثنى عشرية من فرق المسلمين لا ينصرف إلى معنى المذكور بل يحتمل

على المعروف بينهم .

و أمّا الجيران فالمرجع فيهم العرف كما عن جماعة ، و عن المشهور الحمل على من يلي داره إلى أربعين ذراعاً ، واختار صاحب الحقائق الحمل على من يلي داره إلى أربعين داراً و استدلّ بأخبار منها الصحيح أو الحسن عن جميل ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « حدّ الجوار أربعين داراً من كلّ جانب من بين يديه ومن خلفه و عن يمينه وعن شماله ، ^(١) » .

و منها الخبر عن عمرو بن عكرمة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : كلّ أربعين داراً جيران من بين يديه و من خلفه و عن يمينه و عن شماله ^(٢) » . والأخبار محمولة على ترتب الآثار الشرعية مثل تأكّد استحباب حضور المسجد لجاره و استحباب حسن الجوار ولا توجب حمل كلام الناس عليه كما لو أمر السيد عبده بإضافة جيرانه .

و أمّا الوقف على من انتسب إلى أب فالمشهور الاختصاص بأولاد الأبناء كما ذكر في كتاب الخمس ، و من قال هناك بعدم الاختصاص يقول به في المقام .
 ﴿ لو وقف على مصلحة فبطلت قيل : يصرف إلى البرّ ، و إذا شرط إدخال من يوجد مع الموجود صحّ ، ولو أطلق الوقف و أقبض لم يصحّ إدخال غيرهم معهم ، أولاداً كانوا أو أجنب و هل له ذلك مع أصغر ولده ؟ فيه خلاف و الجواز مرويّ ، أمّا النقل عنهم فغير جائز ﴾ .

لو وقف على مصلحة فبطلت ، حكى عن الشيخ و جماعة أنّه يصرف في وجوه البرّ و علل بأنّ الملك خرج عن ملك الواقف بالوقف الصحيح أوّلاً فلا يعود إليه و القربة الخاصة وإن تعذّرت فإنّه يصرف إلى غيرها من القرب لا شراك الجميع في أصل القربة . ويرد عليه ما ذكره في المسالك من أنّه لا يلزم من قصده القربة الخاصة قصداً للقربة المطلقة ، وقد يقال : إنّ المسئلة وإن كانت غير منصوطة إلّا أنّ لها نظائر في الشرع قد ورد الحكم فيها بما ذكره الأصحاب و يرجع الجميع إلى أنّه مع تعذّر ما عيّنه

(١) و (٢) الكافي ج ٣ ص ٦٢٩ تحت رقم ٢ و ١ على الترتيب .

المالك من وصية أو نذر أو نحو ذلك مما يجب إنفاذه شرعاً فإنه مع تعذر المصرف المخصوص يصرف في وجوه البر ، ولا يرجع إلى الورثة ، فمن ذلك ما أوصى بأبواب عديدة من الموصي فنسى الوصي باباً أو أبواباً فإنه يصرف في وجوه البر كما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن ريثان أنه « كتب إلى أبي الحسن محمد بن علي عليه السلام يسأله عن إنسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلا باباً واحداً منها كيف يصنع في الباقي ؟ فوقع عليه السلام الأبواب الباقية اجعلها في البر ^(١) ، ومن ذلك ما رواه عن علي بن مزيد صاحب السابري عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل يتضمن أنه « أوصى رجل بتركة إلى علي المذكور وأمره أن يحج بها عنه ، قال : فنظرت فإذا هوشى يسير لا يكفي للحج فسألت الفقهاء من أهل الكوفة ، فقالوا تصدق بهاءنه فتصدق به ، ثم لقي بعد ذلك أبا عبد الله عليه السلام فسأله فأخبره بما فعل فقال إن كان لا يبلغ أن يحج به من مكة فليس عليك ضمان وإن كان يبلغ ما يحج به فأنت ضامن ^(٢) ، والتقريب أنه قرره على الصدقة إذا لم يبلغ الحج به من مكة ولم يحكم بكونه ميراثاً .

ويمكن أن يقال : مع بطلان المصلحة لا يتحقق الوقف المؤبد ومع عدم التحقق لا يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف وليس هذا رجوعاً عن الوقفية إلى الملكية بل من أوّل الأمر ما خرج من ملكه نظير إجارة الدار مدّة معينة مع عدم قابلية الدار بحيث تنهدم قبل بلوغ المدّة حيث يقال يبطلان الإجارة من أوّل الأمر بالنسبة إلى بعض المدّة فالمقام من قبيل الوقف على ما ينقرض فسواء سمي وقفاً منقطع الآخر أو حبساً لاوجه لخروج الملك عن ملك الواقف وبعد موته يرجع إلى ورثته ، ولاوجه لتنظيم المقام بباب الوقفية مع نسيان الوصي المصرف لصحة الوقفية وخروج الملك عن الصلوح للورثة فمع النسيان يصرف بحكم الشرع في وجوه البر ، نعم رواية علي بن مزيد المذكورة إن تمّ سندها تؤيد مقالة المشهور إن حصل القطع بعدم الفرق بين الوقفية والوقف وقد يقال : إنه إن كان يظهر من حال الواقف الإعراض عن المال الذي وقفه

(١) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٦ ب ٦١ من كتاب الوصايا .

(٢) الوسائل كتاب الوصايا ب ٨٧ تحت رقم ١ .

أبدأ وبالمرءة بحيث لو سئل إذا لم يمكن الصرف في كذا كيف يصنع به يقول : يصرف في سائر الخيارات فالحكم هو الصرف في وجوه البر الأقرب إلى ذلك فالأقرب وإن لم يظهر من حاله ذلك بطل ورجع إلى الواقف أو وارثه .

ويمكن أن يقال : محل الكلام مالو وقف على مصلحة واتفق بطلانها مع القابلية لعدم البطلان ففي هذا النظر لإعراض عن المال ، نعم يتصور الإعراض التقديري بحيث لو سئل عن صورة بطلان المصلحة يقول كذا وكفاية الإعراض على تقدير محل إشكال ، ثم إنه لا وجه مع الإعراض للصرف في وجوه البر الأقرب فالأقرب بل حاله حال سائر الأموال المعرض عنها يتصرف من أراد .

وأما شرط إدخال من يوجد مع الموجود فالظاهر عدم الإشكال فيه إذا رجع الشرط إلى دخول من يوجد بخلاف شرط الإدخال ، بمعنى أن يكون الدخول بفعل الواقف أو المتولي للوقف بحيث لو لم يدخل لم يكن داخلاً فإن الثاني تغيير للوقف وقد يتمسك بعموم « الوقوف - الخ » ويشكل من جهة أن الظاهر أنه ليس في مقام مشروعية الوقف بأي نحو أراد الواقف حيث إن لازمه جواز شرط الخيار وشرط إخراج الموقوف عليهم وإدخال غيرهم مقامهم ، وبيان آخر هذه الرواية وإن وردت بعد السؤال عن الوقف الموقت وغير الموقت وعن صحة الوقف لكنه يشكل استفادة الإطلاق نظير مالو سئل العبد عن بيع شيء من زيد أو عمرو فأجاب المولى أنت مختار فهل يكون مختاراً في البيع من كل أحد أو يكون مختاراً بالنسبة إلى ماسئل فتدبر و أضيف أيضاً خبر أبي طاهر البلالي المروي عن كمال الدين قال : كتب جعفر بن حمدان « استحللت بجارية - إلى أن قال - ولي ضيعة قد كنت قبل أن تصير إلي هذه المرأة سبيلتها على وصاياي وعلى سائر ولدي على أن الأمر في الزيادة والنقصان منه إلي أيام حياتي وقد أنت هذه بهذا الولد فلم ألحقه في الوقف المتقدم المؤبد ، وأوصيت إن حدث بي حدث الموت أن يجري عليه مادام صغيراً فإن كبر اعطى من هذه الضيعة جملة مائتي دينار غير مؤبد ، ولا يكون له ولا لعقبه بعد إعطائه ذلك في الوقف شيء فأبك أعزك الله تعالى ؟ فورد جوابها (يعني عن صاحب الزمان) أما الرجل الذي استحل بالجارية - إلى أن

قال - و أما إعطاؤه المائتي دينار و إخراجها من الوقف فالمال ماله فعل فيه ما أراد،^(١) وهذه الرواية ليست ظاهرة في كون الضيعة بتمامها موقوفة بل لعل بعضها موقوف و بعضها متعلق الوصية ومتعلق الوصية يكون اختياره بيد الموصي مادام الحياة فان الوقف منجز قبل الموت والوصية معلقة على الموت هذا مضافاً إلى أنه لم يظهر صحيح أو توثيق من جهة السند ، ومما ذكر ظهر حال ما لو أطلق الوقف و تحقق القبض فلا يصح إدخال غير الموقوف عليه لأن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها .

و عن الشيخ في النهاية أنه إذا وقف على أولاده الأصغر جاز أن يشترط معهم من يتجدد له من الأولاد وإن لم يشترط ذلك في العقد ، و عن القاضي موافقة الشيخ بشرط عدم تصريحه بإرادة الاختصاص بالسابقين و استدلل على ما ذهب إليه الشيخ بجملة من الأخبار منها صحيح علي بن يقطين ، عن أبي الحسن عليه السلام « عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده ؟ قال عليه السلام : لا بأس بذلك ،^(٢) و منها خبر محمد بن سهل عن الرضا عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه ؟ قال عليه السلام : لا بأس ،^(٣) .

ومنها صحيح ابن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يجعل لبعض ولده شيء وهم صغار ثم يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده ؟ قال عليه السلام : لا بأس ،^(٤) . و منها خبر علي بن جعفر عليه السلام « عن رجل تصدق على ولده بصدقة ، ثم بداله أن يدخل معه غيره فيه مع ولده أصبح ذلك ؟ قال : نعم يصنع الوالد بما لولده ما أحب و الهبة من الوالد بمنزلة الصدقة من غيره ،^(٥) .

والمشهور منعوا ذلك و أعرضوا عن العمل بهذه الأخبار عملاً بمقتضى القاعدة ، و لصحيح آخر لا بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام « عن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده و يبيته لهم أنه أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقة ؟ قال

(١) كمال الدين ص ٢٧٥ .

(٢) و (٣) و (٤) و (٥) الوسائل الباب الخامس من كتاب الوقوف والصدقات .

عَلَيْهِ السَّلَامُ : ليس له ذلك إلا أن يشترط أنه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له، المؤيد بخبر جميل قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يتصدق على ولده بصدقة وهم صغار أله أن يرجع فيها ؟ قال عليه السلام : لا الصدقة لله عز وجل^(١) .

وقد يقوي ما هو المشهور من جهة أن الأخبار المذكورة بعضها ضعيف السند مع عدم الجابر وبعضها ضعيف الدلالة كصحيح ابن الحجاج حيث إنه ليس فيه أنه من باب الوقف والصدقة ومع إعراض المشهور لاتقاوم الصحيح الثاني لابن يقطين مع إمكان حملهما على صورة إرادة التصديق أو على صورة عدم تحقق القبض .

ويمكن أن يقال : أما ضعف الدلالة في صحيح ابن الحجاج فيشكل من جهة ترك الاستفصال بل الفرد الغالب الوقف وبذلك يستشكل في الحمل على صورة عدم تحقق القبض ، وأما الحمل على مجرد العزم والإرادة فلا مجال له أصلاً ، وأما عدم عمل المشهور فلم يحرز أنه من جهة الإعراض أو من جهة الأخذ بالطرف الآخر ترجيحاً أو تخيراً ولا يبعد أن يقال بعد معارضة الأخبار المذكورة مع الصحيح الثاني لابن يقطين يرجع إلى عموم «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» من جهة كونه مرجحاً . وأما النقل إلى غير الموقوف عليهم فلا وجه لجوازه لعموم «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» لكن هذا على تقدير حمل هذا الخبر على عدم جواز التغير ، وأما على حمل الخبر على صحة الوقف فهو غير مرتبط بهذا .

﴿و أما اللواحق فمسائل الأولى إذا وقف في سبيل الله انصرف إلى القرب كالحج والجهاد والعمرة وبناء المساجد ، الثانية إذا وقف على مواليه دخل الأهلون والأذنون ، الثالثة إذا وقف على أولاده اشترك أولاده البنون والبنات الذكور والإناث بالسوية ﴾ .

إذا وقف في سبيل الله يصرف في كل ما يكون وصلة إلى الثواب والقول باختصاص بالجهاد كما عن ابن حمزة ، أو بقسمته أثلاثاً : ثلث للفقراء و ثلث للحج و ثلث للعمرة كما عن الشيخ لم يظهر عليه دليل والمراد انصراف منافع الموقوفة في القرب بمعنى

صرفها فيها و يدلُّ على ما ذكر ما رواه عليُّ بن إبراهيم في تفسيره^(١) عن العالم المذكور في كتاب الزكاة وقال : « في سبيل الله قوم يخرجون إلى الجهاد وليس عندهم ما ينفقون ، أو قوم من المؤمنين ليس عندهم ما يحجُّون به ، وفي جميع سبل الخير فعلى الإمام أن يعطيهم من مال الصدقات حتى يقووا على الحجِّ و الجهاد »^(٢) وإذا وقف على مواليه و لفظ المولى مشترك بين مولى عتاقه أي المولى من الأعلى وهو المعتق له ، ومولى نعمة و هو عتيقه وكان له الصنفان و لم تقم قرينة على إرادة أحد الصنفين ، ففي بطلان الوقف أو صحته و الصرف عليهما أو صحته لأحدهما وكذا الكلام لو أتى بالمفرد ، وقد يفصل بين الاتيان بلفظ الجمع و بين الاتيان بلفظ المفرد أقوال مبنية على أن لفظ المولى مشترك معنوي كما يظهر من المحكي عن الشيخ - قدس سره - حيث جعله كلفظ الأخ الصادق على الأخ من الأبوين و من الأب و من الأم أو مشترك لفظي ، و على الثاني هل يجوز استعمال المشترك في أكثر من معنى مطلقاً أو يجوز في الجمع دون المفرد أولاً يجوز مطلقاً فعلى الأول يصرف عليهما وكذا على الثاني وكذا على الثالث إذا كان بلفظ الجمع دون المفرد فيبطل للاجمال أو يصح في أحدهما ، و على الرابع أيضاً يبطل أو يصح في أحدهما ، وقد يقال : الظاهر أن المولى مشترك لفظي و ليس كلفظ الأخ إذ لا جامع بين القسمين ، و الأقوى عدم جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى مطلقاً و مع ذلك يصح بالنسبة إلى أحدهما و يعيَّن بالقرعة أو يقسم بينهما على وجه الصلح القهري .

ثم المناط في صحة الاستعمال و عدمها مذهب الواقف لا الحاكم و المفتي ، و يمكن أن يقال : على فرض كون الاشتراك لفظياً لا مانع من جواز الاستعمال في أكثر من معنى مع صحته عند أهل اللسان و ما ذكر من وجه الاستحالة محل إشكال لكن الظاهر أنه خلاف الظاهر يحتاج إلى القرينة وهذا كاف في عدم الحمل على الصنفين ، و مع فرض الاستحالة يتصور الجامع بين الصنفين بأن يراد المسمى باسم المولى كما قيل في لفظ

(١) المصدر ص ٢٧٥ ،

(٢) في المصدر « حتى ينفقوا به على الحج و الجهاد » .

الزبدین یراد فردان من المسمی بلفظ زید لکنه خلاف الظاهر فی المقام ، فجواز الحمل وعدم جوازه لیس مبنیاً علی صحّة الاستعمال وعدمها ومع عدم القرینة والاجمال یشکل القرعة ، ألا ترى أنه لو علم بدين عليه إماماً لزید أولعمر و هل یعیّن بالقرعة ، و أمّا ما ذکر من أن المناط فی صحّة الاستعمال وعدمها مذهب الواقف - الخ فیشکل بأن مجرد الصحّة لا یوجب الظهور ، وثانیاً مع عدم صحّة الاستعمال بنظر المفتی أو الحاكم یمخرج اللفظ عن سنخ الألفاظ المستعملة فی المحاورات فمع الحاجة إلى اللفظ المستعمل بالنحو الصحیح کیف یصح الوقف .

و أمّا صورة الوقف علی الأولاد بدون التفرقة فالظاهر عدم الإشکال فی التساوی وعدم الفرق بین الذکور و الاناث .

﴿ الرابعة إذا وقف علی الفقراء انصرف إلى فقراء البلد و من یحضره و کذاکل قیل متبدّد کالعلویّة و الها شمیّة و التیمیّة ، ولا یجب تبّع من لم یحضره ﴾ .
المعروف أنه مع کون الموقوف علیهم محصورین لابدّ من توزيع منافع العین الموقوفة علیهم و تشریکهم و مع عدم الحصر تصرف فی البعض من دون توزيع إلا أن یمکن مع عدم الحصر انصراف و الفقراء غیر محصورین ، و دعوی انصرافهم إلى فقراء بلد الوقف مشکلة ، نعم قد یمتظهر من مکاتبة علی بن محمد بن سلیمان النوفلی قال :
« کتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدّي علی المحتاجین من واد فلان بن فلان و هم کثیرون متفرّقون فی البلاد ؟ فأجاب عليه السلام ذكرت الأرض التي وقفها جدّک علی فقراء ولد فلان بن فلان و هي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف ، و لیس لك أن تبّع من کان غائباً ^(١) الانصراف إلى من کان فی بلد الوقف ، و قد تحمل علی صورة کون الوقف علی الجهة و کون أولاد فلان مصرفاً له و لا ینافیہ قوله عليه السلام « و هي لمن حضر البلد » بدعوی ظهوره فی وجوب استیعابهم ، ولو کان من الوقف علی الجهة لم یجب ذلك لا مکان منع ظهوره فی ذلك و إن المراد أن المصرف من حضر لأنّه یجب الدفع إلى کلّ من حضر .

و يمكن أن يقال: مع عدم القرينة يشكل فهم المراد من جهة أن ظاهر الجمع المحلى باللام الاستيعاب، ومن جهة عدم الحصر لامجال للحمل على الاستيعاب، فيدور الأمر بين الحمل على الحاضرين في بلد الوقف مع الاستيعاب والتشريك وبين الحمل على كونهم مصرفاً كالفقراء في باب الزكاة ولا ترجيح، والمكاتب المذكورة يشكل الأخذ بها من جهة ضعف السند ولم يظهر إجبارها ومع الأخذ بها يشكل التعدّي من موردها هذا، وما ذكر أولاً من أنه مع الحصر يوزع المنافع على المحصورين يشكل من جهة أنه قد يكون المنفعة قليلة ولا يصل إلى الأفراد المحصورين إلا مالا يكون قابلاً للتوجه كما أنه لو وقف على المحصورين سلباً بعد نسل فانهصار طبقة أو طبقتين مثلاً لا يوجب التوزيع مع عدم الانحصار في الطبقات المتأخرة وإن أمكن استحقاقهم كما لو اشتغل نعمة إنسان بالدين بالنسبة إلى الآلاف من الدائنين ومات ولم يترك إلا قليلاً من المال كما أنه مع عدم الحصر في الطبقة الأولى وكون المنفعة كثيرة بشكل صرفها إلى واحد منهم.

الخامسة لا يجوز إخراج الوقف عن شرطه ولا بيعه إلا أن يقع خلف يؤدّي إلى فساد على تردّد^(١) أما عدم الإخراج عن الشرط الذي شرط في الوقف مع جوازه فهو مقتضى لزوم الوقف والشرط وقد سبق بعض الأخبار الدالة عليه في صدر الكتاب فلاحظ الصحيح عن صفوان بن يحيى وهو الدليل على عدم جواز بيعه، وادّعى عليه الإجماع وقد يقال عدم جواز البيع وسائر النواقل وما في معرض النقل كالرهن داخل في حقيقة الوقف إنهو تحجير الأصل وتسهيل المنفعة، ويمكن أن يقال: هذا مسلم لكن لا بدّ من لزوم التحجير وإلا فمثل الهبة الغير الآزمة حقيقتها النقل إلى الغير. واستدلّ على عدم الجواز أيضاً بجملة من الأخبار منها قوله عليه السلام: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها»^(١)؛ ومنها قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل القلة في ملكك»^(٢)، ومنها قوله عليه السلام في جملة من الأخبار: «صدقة لاتباع ولا توهب

(١) الكافي ج ٢ ص ٣٧.

(٢) راجع الوسائل ج ٢ ص ٦٥٢ كتاب الوقوف والصدقات ب ٦.

ولانورث ، ^(١) بدعوى أن الظاهر منها أن عدم جواز البيع داخل في حقيقته ، و قد يناقش في استفادة عدم جواز النقل مما ذكر .

أما الخبر الأول فلأن الاستدال به مبني على أن يكون المراد أنه يجب إبقائها و ليس كذلك إذ من المحتمل بل الظاهر أن يكون المراد أن الوقف يجب العمل به على الكيفية التي قرره الواقف من القيود و الشروط ، بل هو يكون دليلاً على الجواز في مالو شرط ما يوجب ذلك .

وأما الخبر الثاني فهو ظاهر في عدم جواز الشراء على نحو الملك المطلق ، وكذا سائر الأخبار ولا ينافي جواز البيع بإرادة شراء ملك آخر بدله .

ويمكن أن يقال في الخبر الأول : لامانع من الجمع بين اللزوم و الصحة كما يستفاد من « أوفوا بالعقود » اللزوم و الصحة ، و على فرض أن يكون المراد منه ما ذكر قد سبق الإشكال في استفاده ما ذكر على الإطلاق بل لا يبعد أن يكون النظر إلى خصوص الموقت و الغير الموقت المذكورين في كلام الرأوي .

و الخبر الثاني لامانع من الأخذ بإطلاقه و تكفي في المقام رواية صفوان بن يحيى المذكورة في صدر الكتاب حيث أنها فيها قول السائل « ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً ، و لعله يشمل مالوبدا للواقف تبديل العين الموقوفة فتدبر .

و أما بيع الوقف فبعد الفراغ عن عدم جوازه في الجملة لما ذكر استثنى موارد أحدها مالوزال عنوان لاحظ الوقف في وقفه ، كما إذا وقف بستاناً ملاحظة في وقفه البستاني أو الدار ملاحظاً فيها الدارية فمع الخروج عن العنوان بطل كونها وقفاً ، و استشكل في البطلان بأنه إن أريد بالعنوان ما جعل مفعولاً في قوله « وقفت هذا البستان » فلا شك في أنه كقوله بعث هذا البستان أو وهبت و إن أريد به شيء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف و العلم ، و أجيب بالفرق بين أن يجعل البستان مورداً للوقف أو عنواناً وهو في قوله بعث هذا البستان بمنزلة بعث هذا الشيء ، بخلاف ما إذا جعل عنواناً كما هو المفروض .

(١) راجع الوسائل ج ٢ ص ٦٥٢ كتاب الوقوف والصدقات ب ٦ .

ويمكن أن يقال : ماذكر في الجواب يشكل من جهة أن المبيع والموهوب على ماذكر البستان بما هو شيء من الأشياء لا بما هو بستان حيث إنه جعل مورداً للبيع والهبة ولازم هذا أنه لو باع حيواناً بما هو عبد حبشي فبان حماراً وحشياً لزم صحة البيع لأن البيع وقع على الموجود الخارجي بما هو شيء لا بعنوان كونه عبداً ومثله لو باع الحنطة فبانت شعيراً ، ولا أظن أن يلتزم به ، ويمكن الفرق بين باب البيع والهبة وبين باب الوقف مع اشتراك الأبواب في مدخلة العنوان بانتقال مجموع المادة والصورة إلى المشتري والموهوب له وبعد ارتفاع صورة النوعية تكون المادة وما بمنزلتها بحالها السابقة باقية بملك المشتري والموهوب له بخلاف العين الموقوفة فإنها محبوسة مادامت قابلة للانتفاع بها فمع ارتفاع القابلية تبطل الوقفية ولا معنى لوقفية العين التي انسلخت منها الصورة التي بها تكون قابلة للانتفاع الموقوف عليه بها .

و مما ذكر ظهر الاشكال فيما لو أتلّف متلف العين الموقوفة وكانت قيمة فإن القيمة المأخوذة من المتلف كيف تلتزم بوقفيتها مع أنها لا منفعة لها ، وما الدليل على لزوم صرفها في مثل تلك العين الموقوفة وفي المقام أيضاً القائل بجواز البيع يلتزم ببيع أرض البستان مثلاً واشترى بستان آخر ويطلب بإقامة الدليل ، نعم لو قلنا بأن العين الموقوفة تنتقل إلى الموقوف عليهم بنحو الملكية الموقوفة حيث إنها تنتقل إلى الطبقة المتأخرة في مثل الوقف على الأولاد نسلاً بعد نسل صح ماذكر ، لكن أنى لنا إثبات هذا .

و أما صورة وقوع الخلف المؤدّي إلى الفساد فاستدل على جواز البيع فيها بخبر علي بن مهزيار قال : « كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام إن فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها و جعل لك في الوقف الخمس وسأل عن رأيك في بيع حصتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفة ؟ فكتب إليّ أعلم فلاناً أني أمره ببيع حصتي من الضيعة وإيصال ثمن ذلك إليّ و أن ذلك رأيي إن شاء الله ، أويقومها على نفسه إن كان ذلك أرفق له . قال : و كتبت إليه أن رجلاً ذكر أن بين من وقف عليهم هذه الضيعة اختلافاً شديداً وأنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف

ويدفع إلى كلِّ إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته ؟ فكتب إلى بخطه و أعلمه أن رأيي له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأُفوس و الأُموال ، (١) .

و استشكل أولاً لاحتفال كون المراد تلف مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم لا مطلق الأُموال و مطلق النفوس فينطبق على صورة أخرى وهي ادّاء بقاء الوقف إلى خرابه علماً أو ظناً على وجه لا يمكن الانتفاع به أصلاً أو كانت منفعة قليلة ملحقة بالعدم ، سواء كان لأجل الاختلاف بين أربابه أو لغيره فإن الأقوى جواز بيعه وشراء عوضه بعوضه لانصراف أدلة المنع فإن إبقاءه مناف لغرض الواقف و أيضاً إذا دار الأمر بين سقوط الانتفاع به أصلاً و بين سقوط الانتفاع بشخصه مع بقاء نوعه كان الأولى الثاني مع أن بقاءه تضييع للمال ، و اللازم تأخير البيع إلى آخر أزمّة إمكان البقاء و ثانياً لعدم ظهوره في الوقف المؤبد الذي هو محل البحث لعدم ذكر الأعقاب فيه ، و ثالثاً لاحتفال أن يكون مورد السؤال قبل تماميّة الوقف لعدم الإقباض ، و يؤيده كون البايع هو الواقف ولو كان بعد تماميّة كان الأمر إلى الناظر ، و كون الناظر هو الواقف غير معلوم من الخبر ، و حمّله عليه ينفيه ترك الاستفصال ، و رابعاً أن الظاهر من الخبر كون الثمن للموجودين مع أنّه مناف لحقّ البطون اللاحقة ولقول المجوّزين فإنّهم يقولون بجواز البيع وشراء عوض الوقف بثمنه .

ويمكن أن يقال : أمّا ما استشكل أولاً فيشكل من جهة عدم انطباق ما في الخبر مع الصورة المذكورة من جهة عدم ارتباط ما ذكر مع تلف الضيعة الموقوفة و سقوطها عن حيّز الانتفاع ، بل الظاهر أن المراد تلف مال آخر خصوصاً مع ملاحظة أن الأرض غير قابلة للتلف و التعبير عن تلف الضيعة بتلف الأُموال لا يناسب و على فرض إتلاف الضيعة بمعنى سقوطها عن حيّز الانتفاع مستنداً إلى بعض الموقوف عليهم أو كلّهم يكون المقام داخلاً فيما لو أُلّف متلف العين الموقوفة فإن قلنا هناك بالتغريم و الضمان نقول في المقام بالضمان بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة ، ولا مجال للاكتفاء بثمن العين الساقطة

عن حيز الانتفاع إلا أن يكون بحيث لا يمكن أخذ الغرامة و ثانياً لم يظهر وجه لجواز البيع في الصورة المذكورة إلا من جهة الإحسان و لازمه جواز بيع مال الغائب إذا بلغ هذا الحد ، نعم قد يستظهر من بعض الأخبار المتعرض لمن وجد سفرة فيها لحم وغيره جواز التقويم و التصرف و كذا من وجد الشاة في الفلاة ، ثم إنه مع الخروج عن الانتفاع بالنسبة إلى الموقوف عليهم لادليل على بقاء الوقفية ولا معنى لبقاء القيمة على الوقفية فإن الأثمان لا منفعة لها مع بقائها ، ولولا شبهة الاجماع لا يمكن القول بالبقاء على ملكية الواقف كحبس العين مدة قابلة للانتفاع بها ، فالأظهر حمل الرواية على صورة عدم تمامية الوقف والشاهد عليه أمر الإمام عليه السلام على ما في الرواية ببيع حصته أو التقويم على نفسه إلا أنه يشكل من جهة أنه مع عدم تمامية الوقف لم يخرج عن ملك الواقف بمجرد إنشاء الوقف و عدم القبض فكيف يؤمر ببيع الحصّة أو التقويم على نفسه هذا مع أن حصّة الإمام عليه السلام كيف جوز بيعه مع أنها من الوقف فلا يبعد أن يكون أمر الإمام عليه السلام بالبيع و تقسيم الثمن بين الموقوف عليهم بعنوان الولاية المخصوصة به عليه السلام فتحصل الإشكال في الأخذ بظاهر الرواية مع حفظ الأصول و القواعد ولعله لما ذكر تردد - قدس سره - في المتن .

السابعة إطلاق الوقف يقتضي التسوية فإن فضل لزم ، السابعة إذا وقف على الفقراء و كان منهم جاز أن يشركهم .

لا إشكال في أن إطلاق مع عدم ما يوجب خلافه يقتضي التسوية لكنه قد يتفق أنه مع إطلاق اللفظ لا يفهم التسوية كما لو قال المولى لعبده : أكرم جيرانى . و الجيران بعضهم نوال شرف و الفضيلة ، فأطلاق اللفظ لا يقتضي التسوية في كيفية الإكرام وكذا الكلام في المقام ، ومع تفضيل بعض الموقوف عليهم على البعض الآخر لزم التفضيل لأن الوقف على حسب ما يوقفها أهلها .

و أما الوقف على الفقراء فإن كان بنحو التشريك كما لو وقف على فقراء البلد المحصورين فالظاهر عدم جواز شركته معهم إن كان منهم أو دخل فيهم لصدق الوقف على نفسه الممنوع شرعاً ، وأما لو لم يكن كذلك كالوقف على غير المحصورين فقد يقرب

الجواز بأن الموقوف عليه هو العنوان كما لو وقف على الفقراء و الملحوظ جهة الفقر والقياس على الزكاة التي للفقراء ولا يجوز للفقير أن يأكل زكاة نفسه لا وجه له إذ فيها يجب الإيعطاء و مع أكله نفسه لا يصدق إيتاء الزكاة فلا يدخل تحت عنوان الوقف على النفس .

و يمكن أن يقال : لازم ما ذكر جواز دخول الواقف لو وقف على فقراء البلد مع كونهم محصورين و كونه منهم ومجرد كون الوقف على العنوان مع كون الواقف مشمولاً له لا يوجب عدم صدق الوقف على النفس ، و ما ذكر في باب الزكاة من أن الزكاة يجب إعطاؤها يتم على فرض إفادة الحصر ووجوب الإيعطاء في كل زكاة فلا يبعد المنع كما حكى عن ابن إدريس و العلامة - رحمهما الله - في المختلف و التذكرة و إن حكى عن المشهور الجواز .

وإما الأوقاف العامة مثل المساجد والقناطر والخانات للزوار والحجاج فالظاهر عدم الإشكال في جواز انتفاء الواقف بها لقيام السيرة .

من اللواحق مسائل السكنى و العُمري و هي تقتصر إلى الإيجاب و القبول و القبض ، وفائدتهما التسليط على استيفاء المنفعة تبرعاً مع بقاء الملك للمالك . وتلزم لو عين المدة و إن مات المالك . و كذا لو قال له : عمرك ، لم تبطل بموت المالك ، و تبطل بموت الساكن . ولو قال : حياة المالك لم تبطل بموت الساكن وانتقل ما كان له إلى ورثته ، و إن أطلق ولم يعين مدة ولا عمراً تخير المالك في إخراجه مطلقاً .

لأشبهه في مشروعية السكنى و العمرى و الرقبي و يدل عليه الأخبار الكثيرة منها ما رواه المشايخ الثلاثة - قدس الله تعالى أرواحهم - عن حمران قال : سأله عن السكنى و العمرى فقال : إن الناس فيه عند شروطهم إن كان شرطه حياته و إن كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ، ثم يرد إلى صاحب الدار ^(١) .

ومنها ما رواه في الكافي و التهذيب عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «سئل عن السكنى و العمرى فقال : إن كان جعل السكنى في حياته فهو كما شرط

وإن كان جعلها له و لعقبه من بعده حتى يقضى عقبه فليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا ،
ثم ترجع الدار إلى صاحبها الأول ،^(١) .

و منها ما رواه المشايخ الثلاثة عن أحمد بن عمر الحلبي ، عن أبيه في الموثق عن
أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن رجل أسكن رجلا داره حياته قال : يجوز له وليس
له أن يخرجها ، قلت : فله و لعقبه ؟ قال : يجوز ، وسألته عن رجل أسكن رجلا و لم
يوقت له شيئا ؟ قال : يخرجها صاحب الدار إذا شاء ،^(٢) .

و ما رواه في الكافي والتهذيب عن الحلبي في الصحيح أو الحسن ، عن أبي عبدالله
عليه السلام في الرجل يسكن الرجل داره و من بعده قال : يجوز لهم و ليس لهم أن يبيعوا
ولا أن يورثوا ، قلت : فرجل أسكن رجلا داره حياته قال : يجوز ذلك ، قلت فرجل
أسكن رجلا داره و لم يوقت ؟ قال : جائز وله أن يخرجها إذا شاء ،^(٣) ولا يخفى أنه
لا يستفاد منها اعتبار الإيجاب و القبول اللفظيين بل ما يصدق عليه الجعل و لو بالفعل
كما أنه لا يستفاد منها اعتبار القبض و لا مدرك لاعتبار القبض إلا الإجماع إلا أن يقال : يفهم
من قوله أسكن أو يسكن الإقباض و اختلف في أنه معتبر في الصحة أو في لزوم و القدر المتيقن
اعتباره في لزوم و إن كان الظاهر من خبر حرمان المذكور لزوم من جهة الشرط حيث ذكر فيه
« أن الناس عند شروطهم » وهذا نظير خبر المعروف « المؤمنون عند شروطهم » وقد فصل في
بعض الأخبار بين صورة التوقيت و صورة عدمه ففي الأولى حكم بالزوم و في الثانية
حكم بعدم الزوم و يقع الإشكال من جهة أنه بعد ما كانت الفائدة التسليط على الانتفاع
تبرعا من دون اعتبار قصد القرية ، ولذا يجوز إخراج الساكن مع عدم التوقيت لا نجد
فرقا بين المقام و بين العارية مع أنه لا شبهة في أنه للمعير الرجوع و استرداد
العين المستعارة من المستعير من غير فرق بين صورة التوقيت و غيرها ولا يبعد التفرقة

(١) المصدر ب ٣ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٤ و التهذيب ج ٢ ص ٣٧٣ و الفقيه ص ٥٤٣ واللفظ له .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٣٤ و التهذيب ج ٢ ص ٣٧٣ .

بين المقامين بإباحة منافع العين المستعمارة في العارية من دون حصول الملكية للمستعير بخلاف المقام ، فلا يبعد القول بحصول الملكية للمعمر و الساكن فمع اللزوم مع التوقيت لا يعتبر الفقاء لمالك العين ملكية المنفعة ولا ينافي هذا مع عدم استحقاق المعمر والمسكن غير ما عيّن له فإنّ الحال حال من استأجر عيناً وعيّن له استيفاء منفعة خاصة بنحو خاص^١ و لازم ما ذكر أنّه لو غصب الفاصب كان ضامناً للمعمر و المسكن بالنسبة إلى المنافع دون المالك و لا يبعد ما ذكر في صورة عدم التوقيت كالبهية الجائزة وقد يستظهر ما ذكر من قوله عليه السلام على المحكي^٢ في خبر أبي الصباح الكناني^٣ ثمّ ترجع الدار إلى صاحبها الأوّل ، وكذا خبر همران المذكورين وفيه تأمل .

و أما بقاء الملك محلّ السكنى على ملك مالكة فوجه واضح لعدم ما يوجب زوال الملكية إلاّ أنّه قد تكون المدّة طويلة بحيث لا قابلية للمعمر كما لو أثمره داراً تكون بانيها ملكاً للمعمر - بالكسر - دون الأرض ولا يكون البناء قابلاً للبقاء بعد انقضاء المدّة نظير إجارة بعض الأعيان مدّة يكون انقضائها مساوفاً لاضمحلال العين المستأجرة فاعتبار الملكية للعين مشكك^٤ إلاّ أن يقال : يكفي في الاعتبار أنّه لو أتلّف متلف العين يكون ضامناً لكنّه لا يخلو عن الإشكال حيث إنّ المتلف إن كان ضامناً لمالك المنفعة كيف يضمن قيمة العين مع زيادة قيمة المنفعة لقيمة العين أو تساويهما ، و أما اللزوم مع تعيين المدّة وإن مات المالك وكذا لو عيّن بغير المعمر - بالفتح - فلما ذكر في الاخبار المذكورة وإنّ الناس عند شروطهم وفي الصورة الثانية بموت المعمر الساكن ينقضي كما أنّه لو عيّن ببقاء المالك لا ينقضي بموت الساكن لبقاء المدّة ، لكنّه بشكل إذا عيّن بسكوت شخص خاص^٥ كيف ينتقل إلى وارثه ، نعم ادّعى عدم الخلاف فيه وقد يتمسك بخبر عليه السلام بن قيس الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قضى في العمري أنّها جائزة لمن أثمرها فمن أثمر شيئاً مادام حيّاً فانه لورثته إذا توفي^(١) ، ولا يخفى أنّه مع احتمال رجوع الضمير إلى المعمر - بالكسر - لو لم يكن ظاهراً فيه لا مجال للاستدلال به ، ولما ذكر يقال بعدم توريث الخيار المشروط في العقد لطرف العقد

بلسانه وقد خالف المشهور المحقق (قدس سره) في نكت النهاية و التعبير بالبطلان و عدم البطلان لا يخلو عن مسامحة ألا ترى أنه لو انقض مدّة الإجارة لا يقال : بطلت الإجارة .

و أما صورة عدم تعيين المدّة و لا عمر أحدهما فالمالك مخير فيها بين إخراج الساكن و إبقائه كما دلّ عليه صحيح الحلبيّ أو حسنه المذكور .
 ولومات المالك و الحال هذه كلن المسكن ميراثاً لورثته و بطلت السكنى و يسكن الساكن معه من جرت العادة به كالولد والزوجة و الخادم و ليس له أن يسكن معه غيره إلا باذن المالك ولوباع المالك الأصل لم تبطل السكنى إن وقتت بأمداد عمره و يجوز حبس الفرس و البعير في سبيل الله و الغلام و الجارية في خدمة بيوت العبادة ، و يلزم ذلك مادامت العين باقية .

أما انتقال المسكن إلى ورثته فهو على القاعدة لكونه ملكاً لمورثهم ، و أما بطلان السكنى فلا يخلو عن الاشكال لأنّه مع احتمال حصول الملكية للساكن ماوجه البطلان ، غاية الأمر كون الورثة مثل المورث يكون لهم أن يخرجوا الساكن متى شاؤوا ، نعم إن كانت السكنى بمنزلة العارية تمّ ما ذكر لأن المنفعة ملك الورثة فلا بدّ من إذن جديد ، و التفرقة بين الموقت و المطلق بتحقيق الملكية في الأوّل دون الثاني مشكل جداً ، و أما جواز إسكان الساكن معه من جرت العادة به فلا نفهامه من الاطلاق بحيث لو لم يرد المسكن لكن عليه البيان و التخصيص لا بمعنى حصول الملكية للساكن و من يتعلّق به ، بل بمعنى كون من يتعلّق به من توابعه كما لودعا شخصاً له أصحاب و خدم للضيافة و تظهر الثمرة لو لم يسكن من جعل له السكنى كما أنّه في صورة الدّعوة للضيافة يشكّل ورود الاتّباع مع عدم ورود المدعو .

و أما عدم جواز إسكان الغير بدون إذن المالك فلعدم الشمول و ليس المقام كباب الإجارة مع الاطلاق و مع إذن المالك لا مانع ، و أما عدم بطلان السكنى ببيع المالك الأصل في صورة اللزوم و عدم جواز إخراج الساكن فوجهه واضح لأنّه باع شيئاً يكون مسلوب المنفعة مدّة كما لوباع العين المستأجرة ، نعم يعتبر أن يكون للعين مالبة بعد

انقضاء المدّة و يتأتى الاشكال في صورة الاطلاق و عدم التوقيت فهل تبطل السكنى كما قيل في صورة موت المسكن و وراثته الورثة أولا تبطل و يكون إخراج الساكن بيد المشتري أو يبطل البيع على القول بالملكيّة للفرر لعدم تعيين المدّة بوجه من الوجوه و إن أمكن الصلح عنه لعدم إضرار الجهل به .

و أما جواز حبس الفرس والبعير في سبيل الله تعالى و الغلام و الجارية في خدمة بيوت العبادة و لزوم ذلك ما دامت العين باقية فالظاهر عدم الخلاف فيه و ظاهر كلماتهم الخروج عن ملك المالك و إن كانت عبارة المتن توهم خلاف هذا ، و لعلّه من جهة عدم اعتبار الملكية بالنسبة إلى العين مع عدم جواز التصرف فيه بوجه لا من جهة كونه صدقة و ملاحظة الأخبار الواردة الدّالة على عدم جواز الرّجوع في كلّ ما يعطى لله تعالى شأنه العزيز لعدم اعتبار قصد القرابة والظاهر أنّ حال الحبس حال الوقف فلا حاجة فيه إلى الإيجاب و القبول اللفظيين بل يكفي بالفعل للسيرة ، و لعلّه من هذا القبيل ثوب الكعبة المعظمة الذي قد تضمنت النصوص بجواز أخذ القطع منه عند انتهاء عمره للتبرك و قد ذكر في المقام صحيح ابن اُذينة قال : « كنت مشاهداً ابن أبي ليلى ف قضى لرجل جعل لبعض قرابته غلة داره ولم يوقت وقتاً فمات الرجل فحضر ورثته عند أبي ليلى وحضر قرابته التي جعل لها غلة الدّار ، فقال ابن أبي ليلى : أرى أنّ أدعها على ما تركها صاحبها فقال له محمد بن مسلم الثّقفيّ : « ما إنّ عليّ بن أبي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت فقال : وما علمك فقال : سمعت أبا جعفر محمد بن عليّ عليه السلام يقول : قضى عليّ بن أبي طالب عليه السلام بردّ الحبس و إنفاذ المواريث فقال ابن أبي ليلى : هذا عندك في كتاب ، قال نعم ، قال : فأرسل إليه و ائتمني به فقال محمد بن مسلم : على أنّ لا تنظر في الكتاب إلّا في ذلك الحديث فقال لك ذلك فأحضر الكتاب و أراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام فردّ قضيته ،^(١) و خبر عبد الرحمن الخثعمي^(٢) قال : « كنت أختلف إلى ابن أبي ليلى في مواريث لنا ليقسمها وكان فيها حبس وكان يدافعني فلمّا طال شكوته إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال : « أو ما علم أنّ رسول الله ﷺ أمر بردّ الحبس

وإنفاذ المواريث قال : فأتيته ففعل كما يفعل ، فقلت : شكوتك إلى جعفر بن محمد عليه السلام فقال لي : كيت كيت قال : فحلفني ابن أبي ليلى أنه قد قال ذلك فحلفت له ف قضى لي بذلك .

ومكاتبة علي بن معبد^(١) قال : كتب إليه محمد بن أحمد بن إبراهيم في سنة ثلاث وثلاثين و مائتين يسأله عن رجل مات و خلف امرأة و بنين و بنات و خلف لهم غلاماً أوقفه عليهم عشر سنين ثم هو حرٌ بعد العشر سنين ، فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام وهم مضطرون إذا كان على ما وصفته لك جعلني الله فداك ؟ فكتب لا يبيعهوه إلى ميقات شرطه إلا أن يكونوا مضطرين إلى ذلك فهو جائزٌ لهم ،^(٢) بناء على إرادة الحبس من الوقف فيه ، و كذا خبر محمد بن مسلم « سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها ؟ قال : هي لها على النحو الذي قال ،^(٣) .

و خر يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام سأله عن الرجل له الخادم تخدمه فيقول هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرة فتأبى الأمة قبل أن يموت بخمس سنين أو ست ، ثم يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها قدر ما أبقت قال : إذا مات الرجل فقد عتقت ،^(٤) و لا يخفى أن مقتضى هذه الأخبار عدم خروج المحبوس عن الملكية فيشكل ما يظهر من كلمات الفقهاء من الخروج عن الملكية و التفصيل بين الحبس لرجل مثلاً أو لقرايته و بين مثل حبس الفرس أو البعير في سبيل الله و الغلام و الجارية في خدمة بيوت العبادة مشكلٌ من جهة الإطلاق في صحيح ابن أذينة و الإطلاق في خبر عبد الرحمن المذكورين ، ويشكل أيضاً ما في المتن من عدم جواز التغير مادام العين باقية فإنه بعدد المحبوس يتصرف فيه فالوجه الذي ذكر من عدم اعتبار الملكية

(١) وعلى بن معبد من أصحاب الهادي عليه السلام .

(٢) الفقيه ص ٥٤١ تحت رقم ١٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٣٢ .

مع عدم التغير و التصرف بوجه لا يتم ، و أيضاً لا يظهر على ما ذكر فرق بين الوقف و الحبس .

﴿ و أما الصدقة فهي التطوع بتمليك العين بغير عوض ، ولاحكم لها ما لم تقبض بان المالك . و تلزم بعد القبض وإن لم يعوض عنها . و مفروضها محرم على بني هاشم إلا صدقة أمثالهم أو مع الضرورة و لا بأس بالمندوبة ﴾ .

الصدقة تمليك بلا عوض مع قصد القرابة و بهذا القيد تمتاز عن الهبة و الهدية هذا هو المعروف ، و يشكل من جهة صدق الصدقة على العين الموقوفة باعتبار الوقف مع أن الواقف لا يقصد تمليك الموقوف عليهم بل قصده التحبيس و التسييل و من قال بحصول الملكية الموقته بالنسبة إلى كل طبقة لا يستند إلى قصد الواقف ، بل الظاهر أن النظر إلى أن الملك لا بد له من المالك و كيف كان لا بد من الإنشاء ولو بالفعل كالمعاطاة في البيع ، و أما عدم صحتها بدون القبض فادعى عليه الإجماع ، و قد يستدل على اعتباره ببعض الأخبار الواردة في الوقف ، و لا يخفى أن ما دل على اعتبار القبض في الوقف لا مجال للاستدلال به في المقام باعتبار صدق الصدقة على الوقف ، نعم لا يبعد التمسك بخبر عبيد بن زرارة ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا قال : إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لأن الوالد هو الذي يلي أمره ، ^(١) و قال عليه السلام : « لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله عز وجل » ^(٢) .

و الظاهر أن القائلين باعتبار القبض نظرهم إلى اعتباره في الصحة و هو الظاهر من قوله - قدس سره - في المتن و لاحكم لها و إن كان قوله : « و تلزم بعد القبض » يؤمى إلى مدخليته في اللزوم دون الصحة .

و أما حرمة مفروضها علي بني هاشم فيدل عليها الأخبار في الجملة منها قول الصادق عليه السلام على المحكي في صحيح العيص قال فيه : « إن أُناساً من بني هاشم أتوا رسول الله صلى الله عليه وآله فسألوه أن يستعملهم على صدقات المواشي وقالوا : يكون لنا هذا السهم

الذي جعله الله عز وجل للعاملين عليها فنحن أولى به ، فقال رسول الله ﷺ : يا بني عبدالمطلب إن الصدقة لاتحل لي ولا لكم ولكن قد وعدت الشفاعة - النخ ، ^(١) ويظهر من بعض الأخبار اختصاص الحرمة بالزكاة المفروضة كما عن أبي أسامة زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن الصدقة التي حرمت عليهم فقال : هي الزكاة المفروضة و لم يحرم علينا صدقة بعضنا على بعض » ^(٢) وما عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصدقة التي حرمت على بني هاشم فقال هي الزكاة قلت : أفتحل صدقة بعضهم على بعض قال : نعم » ^(٣) و رواه الصدوق مرسلًا في المقنع .

وفي قبال ما ذكر بعض الأخبار كما نقل الشيخ - قدس سره - بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار ، عن أحمد بن محمد ، عن بعض أصحابنا رفع الحديث قال : « فالنصف له - يعني نصف الخمس للإمام عليه السلام - خاصة ، والنصف لليتامى و المساكين و أبناء السبيل من آل محمد الذين لاتحل لهم الصدقة و لا الزكاة عوضهم الله تعالى مكان ذلك بالخمس فهو يعطيهم على قدر كفايتهم - النخ ، ^(٤) و مرسله أحمد المضمرة قال : فيها « فالنصف له خاصة والنصف لليتامى و المساكين و أبناء السبيل من آل محمد عليه السلام الذين لاتحل لهم الصدقة ولا الزكاة عوضهم الله تعالى مكان ذلك بالخمس » ^(٥) المنجبرة بفتوى الأصحاب ولا يبعد كونهما رواية واحدة ، و كيف كان لولا هذه المرسله تعين اختصاص الحرمة بالزكاة المفروضة لحكومة ما دل على الاختصاص بالزكاة المفروضة على الأخبار المطلقة ، لكنه يشكل من جهة ما في المرسله من عطف الزكاة على

(١) الكافي ج ٢ ص ٥٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٦٥ ، و في الوسائل كتاب الزكاة أبواب المستحقين ب ٣١

(٣) الكافي ج ٢ ص ٥٩ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٣٦٦ .

(٥) المصدر ج ٢ ص ٣٨٨ .

الصدقة إن لم يكن إشكال فيما دلّ على إختصاص من جهة السند ، و مع التعارض لا يبعد الأخذ بعموم ما دلّ على التحريم لمرجعيته أو مرجحيته فتأمل .

و أما الحلّة في المعطاة من أمثالهم أو مع الضرورة فقد سبق الكلام فيه في كتاب الزكاة ويدلّ عليها في خصوص المعطاة من أمثالهم ما عن حماد بن عيسى ، عن بعض أصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام في حديث طويل قال : « و إنما جعل الله هذا الخمس خاصة لهم (يعني بني عبد المطلب) عوضاً لهم من صدقات الناس تنزيهاً من الله لهم ولا بأس بصدقات بعضهم على بعض ، ^(١) وقد سبق أيضاً حلّة الصدقات المندوبة ويدلّ عليها ما في خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام ، أنه قال : « لو حرمت علينا الصدقة لم يحلّ أن نخرج إلى مكّة لأنّ كلّ ما بين مكّة والمدينة فهو صدقة ، ^(٢) .

والصدقة سرّاً أفضل منها جهرّاً إلا أن يتشهم ، و أما الهبة فهي تملك العين تبرّعاً مجرداً عن القرابة ولا بدّ فيها من الإيجاب والقبول والقبض ، و يشترط إذن الواهب في القبض ،

أما أفضليّة الصدقة سرّاً فيدلّ عليها ما روى محمد بن محمد بن النعمان في المقنعة قال : قال عليه السلام في قوله تعالى « إن تبدوا الصدقات فنعما هي » قال ؟ فنزلت في الفريضة « و إن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم » قال : ذلك في النافلة . قال : وقال أبو عبد الله عليه السلام : صدقة السرّ تطفيء غضب الربّ . قال : وقال عليه السلام : صدقة الليل تطفيء غضب الربّ و تمحو الذنوب العظيم ، وتهون الحساب ، و صدقة النهار تزيد في العمر وتنمي المال ، وعن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : « لو أن رجلاً حمل الزكاة فأعطاها علانية لم يكن عليه في ذلك عيب ، ^(٣) .

ولا يبعد أن يقال : لا يستفاد من هذا الخبر أفضليّة الجهر في الزكاة الواجبة فإنّه لا يقال في الوصف الموجب للكمال لا عيب فيه فيصحّ الإطلاق في المتن أخذاً باطلاق قوله عليه السلام على المحكي في الخبر المذكور « صدقة السرّ تطفيء غضب الربّ » ، إلا أنه روي

(١) و (٢) الوسائل كتاب الزكاة أبواب المستحقين ب ٣١ ح ٣ و ب ٣٠ ح ١ .

(٣) الوسائل كتاب الزكاة أبواب الصدقة ب ١٤ .

في الحسن دكل ما فرض الله تعالى عليك فإعلانه أفضل من إسراره ، وكل ما كان تطوعاً فإسراره أفضل من إعلانه فلو أن رجلاً حمل زكاة ماله على عاتقه علانيته كان ذلك حسناً جميلاً^(١) .

و أما لو كان المتصدق معرضاً للاتهام بالإسرار فالمعروف حسن الإعلان و لعله لما هو المعروف من حسن الانتقاء من مواضع التهم أو كراهة الوقوع فيها و على فرض استفادة الكراهة الشرعية لا الإرشاد تقع المزاخمة بين الحكمين ولا موجب لنفي الأفضلية فتأمل .

وأما الهبة فهي تملك العين بلا عوض مقابل للعين مجزئاً عن قصد القرية وبهذا تمتاز عن الصدقة ، ولا مجال لدعوى صدق ما ذكر على الوقف لعدم حصول الملكية للموقوف عليهم كما مر في كتاب الوقف وعلى فرض التسليم و القول بالملكية الموقفة لكل طبقة من الموقوف عليهم تمتاز بعدم التمامية و عدم جواز التصرف في العين بغير منفعتها بخلاف الملكية في المقام ، وقد عبر بعض الأعلام عنها بتمليك مال طلقاً منجزاً من غير عوض في مقابل الموهوب من غير اشتراط بالقرية ، و على هذا فلا اختصاص بالعين ، بل يشمل المنافع و الحقوق التي لها مالية ، و يؤيد هذا التعبير بالهبة فيما لو وهب الزوج ما استحق على الزوجة المنكوحة بالنكاح المنقطع وعلى هذا فلا حاجة إلى القبول بل يكفي في هبة ما في الذمة الانشاء من طرف الواهب ونتيجته براءة الذمة من طرف الموهوب له ويشهد لهذا ما في بعض الأخبار و هو ما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة في الموثق قال : سألته عن رجل ضرب ابنته و هي حبلى فاسقطه سقطاً ميتاً فاستعدى زوج المرأة عليه فقالت لزوجها إن كان لهذا السقط دية ولي فيه ميراث فإن ميراثي منه لأبي ؟ قال : يجوز لأبيها ما وهبت له^(٢) وكيف كان تحتاج في العين إلى إنشاء من طرف الواهب والقبول من طرف المنتهب سواء كان الانشاء والقبول بالقول أو بالفعل كالمعاطات في البيع حيث إن سيرة العقلاء في المقام قائمة كباب البيع و بعد

(١)

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٤٦ .

صدق الهبة بالمعاطاة يترتب عليها الآثار .

ومن العجب دعوى الإجماع على الاحتياج إلى الإنشاء القولي وقد اضطرب كلمات الأعلام في المقام ، وقد يقال : لازم القول بالملكية الجائزة في صورة تحقق الهبة بالمعاطاة و عدم تحقق اللزوم إلا بالتصرف جواز رجوع الواهب حتى لو كانت لذی رحم أو معوضة مادام لم تلزم بالتصرف ، و يشكل القول بالجواز مع ملاحظة مادل على اللزوم في صورتين و التمسك بالإجماع في أمثال المقام كما ترى وقد سبق الكلام فيه في كتاب البيع ، ثم إن الموهوب قد يكون عيناً شخصية وقد يكون جزءاً مشاعاً من عين وقد يكون كلياً في المعين كساع من صبرة معينة وقد يكون كلياً في نعمة الواهب ولا يبعد صحة الهبة في جميع هذه لبناء العقلاء و عدم الردع بل لا يبعد التمسك بمثل مادل على لزومها في صورة كون المتبهب ذا رحم أو كانت معوضة ولا إشكال في إمكان القبض و القبض في العين الشخصية و الجزء المشاع والكلي في المعين يتحقق بتسليط الواهب و استيلاء المتبهب على الموهوب ، و في الكلي في الذمة لا حاجة إلى شيء بل يتحقق بالنسبة إلى من عليه الدين لأن ما عليه بمنزلة المقبوض ، و أما لو كان الهبة راجعة إلى غير من عليه الدين فالمشهور عدم صحتها لأنه كلي لا وجود له في الخارج فلا يمكن قبضه . و أوجب بأن قبض الكلي بقبض أحد أفراد له لأن الكلي عين الأفراد فإذا أذن له الواهب في قبضه فقبضه صحت و كذا لو قبضه الواهب ثم أقبضه أو أذن له في القبض ثم القبض لنفسه .

و يمكن الاستدلال عليه بصحيفة صفوان عن الرضا عليه السلام عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرجل المال الذي له عليه فقال : إنه ليس فيه عليك شيء في الدنيا والآخرة يطيب ذلك له وقد كان وهبه لولد له قال عليه السلام : نعم يكون وهبه ثم تزرعه فجعله لهذا ،^(١) حيث إن الظاهر أن المال الذي على الرجل دين فإنه لو كان عيناً يعبر بلفظ «عنده» لا «عليه» ولا أقل من ترك الاستفصال ، و يظهر من كلام الإمام عليه السلام على المحكي «نعم يكون وهبه ثم تزرعه» أنه لولا النزع كانت

الهيئة صحيحة ، ولا مجال للاشكال من جهة أن الهيئة لذي رحم لازمة لايجوز الرجوع فيها لعدم حصول القبض .

و أما لزوم القبض و اشتراطه في صحة الهيئة فهو المشهور المدعى عليه الاجماع ، و عن جماعة كونه شرطاً في اللزوم دون الصحة .

وبدل على اشتراطه في الصحة خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام الهيئة لا تكون أبداً هيئة حتى يقبضها و الصدقة جائزة عليه ، ^(١) .

و موثقة داود بن الحصين عنه أيضاً « النحلة و الهيئة مالم تقبض حتى يموت صاحبها » قال عليه السلام : هي ميراث ، فان كان لصبي في حجره و أشهد عليه فهو جائز ، ^(٢) حيث إن نفي الصحة أقرب إلى نفي الماهية من نفي اللزوم لا يقال : مجرد الأقربة لا يكفي لأنه إذا كان المتكلم الحكيم في مقام البيان لا يلقي على المخاطب كلاماً يحتمل معنيين أحدهما أقرب وهو يريد المعنى الآخر إلا أن يكون قرينة معينة و وجه دلالة الموثق المذكور أنه لو كانت الهيئة صحيحة غير لازمة كن الوارث بالخيار و لم يتعين كون المال الموهوب ميراثاً ، واستدل للقول الثاني بصحيفة أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام « الهيئة جائزة قبضت أو لم تقبض ، قسمت أو لم تقسم ، و النحل لا تجوز حتى تقبض و إنما أراد الناس ذلك فأخطأوا ، » ^(٣) .

و خبر عبد الرحمن بن سيابة عنه عليه السلام أيضاً « إذا صدق الرجل بصدقة أو هبة قبضها صاحبها أو لم يقبضها علمت أو لم تعلم فهي جائزة ، » ^(٤) و أوجب بأن هذين الخبرين لا يقاومان ما دل على اشتراط القبض في الصحة للاعتضاد بعمل المشهور و لأن مقتضاهما عدم شرطية القبض أصلاً لا كونه شرطاً في اللزوم و ظاهرهم الاجماع على الشرطية في الجملة ، و على تقدير المقاومة و المعارضة اللازم الرجوع إلى الأصل و مقتضاه عدم حصول الملكية إلا بعد القبض و دعوى أن مقتضى العمومات حصولها مدفوعة بأن مقتضاها

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٨ و الاستبصار ج ٢ ص ١٠٧ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٣١ .

(٤) التهذيب ج ٣ ص ٣٧٧ . و الكافي ج ٧ ص ٣٣ .

حصول الملكية اللازمة و المفروض الاجماع على عدمها قبل القبض .
و يمكن أن يقال: إنَّ مجرد عمل المشهور لا يوجب الوهن إلا أن يظهر إعراضهم
عن العمل و لم يظهر لامكان أن يكون الآخذ من جهة التخيير و الخبران المذكوران
لا ينافيان شرطية القبض في اللزوم في بعض الموارد كالهبة المعوضة و الهبة لذي رحم
بل لعلّه لا يستفاد منهما إلا الجواز بمعنى الصحة في مقابل عدم الجواز بمعنى البطلان
مضافاً إلى أنَّ تحصيل الاجماع في مثل المقام مشكك جداً ، و ما ذكر من أنَّ مقتضى
الأصل عدم حصول الملكية يشكك من جهة الاشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات
الحكمية مضافاً إلى أنه لا يبعد التمسك بحديث الرّفع في رفع شرطية القبض في
الصحة و مع هذا لامجال لجريان الاستصحاب و إلى أنَّ العمومات لا مانع من الآخذ
بها و لم يظهر منها اللزوم إلا مثل « أوفوا بالعقود » و الظاهر خروج الهبة عنها و في
غيره غنى وكفاية ، هذا مضافاً إلى أنه بعد تعارض الأخبار يكون العام مرجحاً أو مرجعاً
ومن المطلقات ما رواه الشيخ عن عبد الرحمن بن أبي عبدالله ، و عبدالله بن سليمان في الصحيح
قالا : « سألنا أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها ان شاء أم لا ؟ فقال:
تجوز الهبة لذوي القرابة و الذي يثاب عن هبته و يرجع في غير ذلك إن شاء » (١).
ثم إنَّه ربما يظهر من بعض الأخبار عدم الحاجة في الهبة للصبي إلى القبض
و هو ما رواه الشيخ في الصحيح عن أبان، عن أخبره عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « النحل
و الهبة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها ، قال : هي بمنزلة الميراث و إن كانت لصبي في
حجره و أشهد عليه فهو جائز قال : سأله هل لأحد أن يرجع في صدقته و هبته ؟ قال:
إذا تصدّقت لله فلا ، و أمّا النحل و الهبة فيرجع فيها سارها أولم يحزها ، و إن كان لذي
قرابة » (٢).

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ .

(٢) جاءت هذه الرواية في التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ . وفي الامتصار ج ٢ ص ١٠٦

و ١٠٧ عن علي بن الحسن بن فضال عن العباس بن عامر عن داود بن الحصين عن أبي
عبدالله عليه السلام .

و يمكن أن يكون النظر إلى أنه يلي أمره فكأنه مقبوض للصبي لكنه ليس كل صبي في حجر إنسان مولى عليه للإنسان و الظاهر أنه لابد للولي من قصد أن يكون ما بيده بعنوان المقبوضة للمولى عليه و ظاهر الرواية عدم الحاجة إلى القبض في النحل و الهبة للصبي الذي في حجره .

و أما اشتراط كون القبض باذن الواهب فهو المشهور، و عن المسالك أنه لا خلاف فيه و في الجواهر أن عليه الاجماع لأصالة عدم ترتب الأثر و عدم الانتقال مع عدم إطلاق يوثق به مع احتمال أن يقرأ يقبض من باب الأفعال فيكون ظاهراً في اعتبار الأذن ، و استشكل فيه بوجود الإطلاق و منع عدم الوثوق و أصالة عدم شرطية الأذن و القدر المتيقن اعتبار وصول المال إلى يد المتهب و لذا لو كان بيده كفى .

و استدل أيضاً على اشتراط الإذن بأن المفروض أن المال بعد باق على ملكية الواهب و لا يجب عليه إقباضه فيحرم قبضه من دون إذنه ، و اورد عليه أن الحرمة مطلقاً ممنوعة مع أنها لا يوجب فساد القبض ، و يمكن أن يقال : لا إشكال في إطلاق المطلقات فإن بنينا على الأخذ بما دل على اعتبار القبض فلا بد من تقييدها و القدر المتيقن اعتبار نفس القبض لأنه مع احتمال قراءة يقبض من باب الأفعال يصير بمنزلة المجمل المردد بين الأقل و الأكثر و المعروف أنه مع الإجمال بهذا النحو يرجع إلى العام أو المطلق لأنه لا يرفع اليد عن الحجة إلا بالحجة و المقيّد مع الإجمال ليس حجة في الجهة الزائدة ، و مع التشكيك في الإطلاق يرجع إلى الأصل و المعروف عند الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - أن مقتضى الأصل الفساد لا استحباب عدم حصول الملكية و إن بنينا على اعتبار القبض في اللزوم فمقتضى الأصل عندهم استحباب عدم اللزوم و قد سبق أن الاستصحاب في الشبهات الحكمية محل إشكال و مع قطع النظر عن هذا لا مانع من الرجوع إلى حديث الرّفع في الشك في الشرطية ، و معه لا مجال للرجوع إلى الاستصحاب و إن بنينا على حجته في الشبهات الحكمية .

و أما ما ذكر من حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه ففيه أنه لا مانع من ترتب الحكم الوضعي على ما يكون حراماً بالحرمة التكليفية ، و يؤيده أن المشهور

كفاية كون الموهوب في يد المنتهب من دون حاجة إلى قبض جديد بالاسترداد ، ثم القبض سواء كان اليديد أمانة أو ضمان حتى لو كانت يد غصب و قد مرّ نظير هذا في كتاب الرهن ، هذا كله و لكن مخالفة المشهور مشكلة .

❖ و لو وهب الأب أو الجدّ للولد الصغير لزم لآئته مقبوض بيد الولي ، و هبة المشاع جائزة كالمقسوم ، و لا يرجع في الهبة لأحد الوالدين بعد القبض ، و في غيرهما من ذوي الرحم على الخلاف ❖ .

أما عدم الحاجة في هبة الأب أو الجدّ للأب للصغير المولى عليه إلى القبض الجديد فيدلّ عليه الصحيح المتقدم ، عن أبان ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، وموثق داود ابن الحصين عنه عليه السلام أيضاً « النحلة و الهبة مالم تقبض حتى تموت صاحبها ، قال عليه السلام هي ميراث فإن كانت لصبي في حجره فأشهد عليه فهو جائز » (١) .

ويمكن الاستدلال برواية محمد بن مسلم « و إن صدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز ، فإنّ والده هو الذي يلي أمره » . (٢) فإنّ مقتضى التعليل فيها أنّ من يلي الأمر قبضه كاف فالقبض اللازم في الهبة حصل بقبض الولي و لازم هذا قصد الولي لأنّ مجرد كون الموهوب بيد الولي ليس قبضاً للمولى عليه و حل هذه الأخبار على التنزيل بأن يقال كون الموهوب أو الصدقة بيد الولي بلا قصد بمنزلة القبض بعيد و لا يناسب التعليل المذكور و لا بدّ من الاقتصار على ما كان الموهوب بيد الواهب ، و لا مجال للأخذ بإطلاق الخبرين لمعارضتهما مع ما دلّ على اعتبار القبض وهو ما رواه الشيخ - قدّس سرّه - في التهذيب في القوي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها والصدقة جائزة عليه » (٣) إلا أن يستشكل من جهة ضعف السند مع انصراف الخبرين عن صورة خروج الموهوب عن يد الولي فتأمل .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ و الاستبصار ج ٢ ص ١٠١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ و الاستبصار ج ٢ ص ١٠٧ .

وَأَمَّا جَوَازُ هَبَةِ الْمَشَاعِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا خِلَافَ فِيهِ وَ يَدُلُّ عَلَيْهِ مَا رَوَاهُ فِي الْكَافِي عَنْ أَحْمَدَ بْنِ عَمْرِو الْحَلَبِيِّ ، عَنْ أَبِيهِ قَالَ : « سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ دَارٍ لَمْ تَقْسَمْ فَتَصَدَّقْ بِضِئْلِ أَهْلِ الدَّارِ بِنَصِيْبِهِ مِنَ الدَّارِ ؟ قَالَ : يَجُوزُ ، قُلْتُ أَرَأَيْتَ إِنْ كَانَتْ هَبَةٌ ؟ قَالَ : يَجُوزُ ، ^(١) وَ يَقَعُ الْكَلَامُ فِي كَيْفِيَّةِ قَبْضِهِ فِي مَا يَكْتَفِي فِيهِ مِنْ جِهَةِ الْقَبْضِ بِالتَّخْلِيَةِ لَا حَاجَةَ إِلَى إِذْنِ الشَّرِيكِ إِذْ هِيَ لَا تَسْتَلْزِمُ التَّصَرُّفَ فِي الْعَيْنِ الْمَشْرُوكَةِ ، وَ أَمَّا فِي مَا يَحْتَاجُ قَبْضَهُ إِلَى النُّقْلِ وَ التَّحْوِيلِ فَلَا يَجُوزُ بِدُونِ إِذْنِ الشَّرِيكِ فَإِنْ أَذِنَ فَهُوَ وَ إِنْ أَمْتَنَعَ مِنْهُ فَلِلْمُتَّهَبِ تَوْكِيلُهُ فِي الْقَبْضِ عَنْهُ وَ إِنْ أَمْتَنَعَ مِنْهُ يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ وَ مَعَ عَدَمِ التَّمَكُّنِ مِنَ الرَّجُوعِ إِلَيْهِ يَرْجِعُ إِلَى عَدُولِ الْمُؤْمِنِينَ وَ مَعَ عَدَمِهِمْ قِيلَ : إِنَّهُ يَكْفِي التَّخْلِيَةَ .

وَ اسْتَشْكَلَ بَعْدَ صَدَقِ الْقَبْضِ بِمَجْرَدِ التَّخْلِيَةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْقَبْضُ وَ يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ : فِيمَا يَكْتَفِي فِيهِ بِمَجْرَدِ التَّخْلِيَةِ كَيْفَ يَكْتَفِي بِتَّخْلِيَةِ الْوَاهِبِ مَعَ عَدَمِ تَخْلِيَةِ الشَّرِيكِ فَيَحْتَاجُ إِلَى الْمُرَاجَعَةِ إِلَى الشَّرِيكِ وَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مِثْلَ الدَّارِ مَشْرُوكَةً بَيْنَ شَخْصَيْنِ فَإِذَا كَانَ مَتَصَرِّفَيْنِ كَأَنْ يَكُونَا سَاكِنَيْنِ فِيهَا فَهِيَ بِأَيْدِيهِمَا ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا سَاكِنًا فِيهَا مَعَ خُرُوجِ الْآخَرِ فَهِيَ بِيَدِهِ وَ مَجْرَدُ خُرُوجِ أَحَدِهِمَا لَيْسَ قَبْضًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الثَّلَاثِ إِلَّا أَنْ يَسْكُنَ الثَّلَاثُ مَقَامَهُ أَوْ يَخْرُجَ الشَّرِيكَ وَ يَخْلَى الدَّارَ لِلثَّلَاثِ ، وَ أَمَّا مَا لَا يَكْتَفِي فِيهِ بِالتَّخْلِيَةِ فَمَعَ امْتِنَاعِ الشَّرِيكِ فَبَأْيٍ نَحْوِ يَجُوزُ لِلْوَاهِبِ إِعْمَالُ السُّلْطَنَةِ فِي سَهْمِهِ وَلَوْ بِمُرَاجَعَةِ الْحَاكِمِ وَالْقِسْمَةِ الْإِجْبَارِيَّةِ يَجُوزُ إِقْبَاضُ الْمُوْهُوبِ لِسَهْمِهِ .

وَ أَمَّا عَدَمُ الرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ لِأَحَدِ الْوَالِدَيْنِ فَيَدُلُّ عَلَيْهِ صَحِيْحَةُ مُحَمَّدَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام « الْهَبَةُ وَ النُّحْلَةُ يَرْجِعُ فِيهِمَا إِنْ شَاءَ حِيزَتْ أَوْ لَمْ تَحْزَ إِلَّا لِذِي رَحْمٍ » ^(٢) .

وَ صَحِيْحَةُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ وَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سُلَيْمَانَ ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام « عَنْ الرَّجُلِ يَهَبُ الْهَبَةَ أَيْرِجِعُ فِيهَا إِنْ شَاءَ أَمْ لَا فَقَالَ عليه السلام : نَجُوزُ الْهَبَةُ لِلذَّوِي الْقَرَابَةِ

(١) المصنف ج ٧ ص ٣٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ . والاستبصار ج ٢ ص ١٠٨ .

و الذي يثاب من هبته ، ويرجع في غير ذلك إن شاء ، ^(١) .

وربما تختلج بالبال الخدشة من جهة انصراف ذي رحم إلى من هو أبعد من الوالدين ، ألا ترى أنه لو أوصى بشيء للأقارب و الأرحام يشكك شموله للأبوين أو الأولاد إلا أن يقال : مقتضى المناسبة بين الحكم والموضوع الشمول و ادعى الإجماع و كذا في هبة الأبوين للأولاد هنا و مقتضى الصحيحين عدم جواز الرجوع بالنسبة إلى غير الأبوين و الأولاد من الأرحام ، ولكن عن جماعة جواز الرجوع فيهم لمرسلة أبان عن أبي عبد الله عليه السلام « هل لأحد أن يرجع في صدقته و هبته ؟ قال عليه السلام : إذا تصدقت لله فلا ، و أما النحل فيرجع فيها حازها أو لم تحزها و إن كان لذي قرابة ، ^(٢) .

و أجيب بعدم مقاومة المرسلة و احتمال أن يكون قوله عليه السلام على المحكي و إن كان النخ ، فبدأ لقوله عليه السلام أولم تحزها ، ويمكن أن يقال : إن كان عدم المقاومة من جهة الإرسال فبعد أخذ الفقهاء بها يشكك الاشكال من جهة السند ، و أما من جهة الدلالة بما ذكر فالظاهر أن الضمير في كان راجع إلى الإيعطاء أو ما يرادفه المسئول عن حكمه سابقاً فيبعد رجوعه إلى ما يعلم من خصوص لم تحزها ، فمع بعده كيف يحمل عليه كلام الحكيم مع كونه في مقام البيان ، ألا ترى أنه لا مجال لحمل إلا لذي رحم في صحيحة محمد بن مسلم المذكورة استثناء من خصوص أولم تحز ، و لا يخفى أن هذا كله على المشهور من جواز الرجوع في الهبة ، و قد اختلفت الأخبار فيه فالأخبار الدالة على الجواز منها الصحيحتان المذكورتان و المرسلة المذكورة ، و منها صحيح زرارة و لا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه ، و ما لم يعط لله و في الله فإنه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت أولم تحز و لا يرجع الرجل فيما وهب لامرأته ، ^(٣) إلى غير ما ذكر .

و في قبالتها ما يظهر منه عدم الجواز منها خبر إبراهيم بن عبد الحميد ، عن أبي عبد الله عليه السلام « أنت بالخيار في الهبة مادامت في يدك فإذا خرجت إلى صاحبها فليس

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ و الاستبصار ج ٢ ص ١٠٩ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ .

(٣) الاستبصار ج ٢ ص ١١٠ .

لك أن ترجع فيها ، قال رسول الله ﷺ : من رجع في هبته فهو كالرّاجع في قيئه ،^(١) .
 ومنها خبر أبي بصير « عن الرّجل يشتري المبيع فيوهب له الشيء و كان الذي
 اشترى لؤلؤاً فوهب له لؤلؤاً فرأى المشتري أن يردّه ، أيرد ما وهب له ؟ قال ﷺ :
 الهبة ليس فيها رجعة وقد قبضها إنّما سبيله على البيع فإنّ ردّ المبتاع المبيع لم يردّه
 معه الهبة ،^(٢) .

ومنها خبر محمد بن عيسى « كتبت إلى عليّ بن محمد بن عيسى رجل جعل لك - جعلني
 الله فداك - شيئاً من ماله ثم احتاج إليه يأخذه لنفسه أوبيع به إليك ؟ قال : هو
 بالخيار في ذلك ما لم يخرجه عن يده ولو وصل إلينا رأينا أن نواسيه وقد احتاج
 إليه ،^(٣) .

و منها خبر الجراح المدائني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ
 « من رجع في هبته كالرّاجع في قيئه ،^(٤) .

وقد يقال : إنّ هذه الأخبار لا تقاوم ما تقدّم من الأخبار لأصحتها وأكثريتها
 وأظهريتها دلالة . ويمكن أن يقال : إذا كان النظر إلى الترجيح بما ذكر لا إلى الإشكال
 في الحجية مع قطع النظر عن المعارضة يشكل ما ذكر من جهة عموم « أوفوا بالعقود »
 فهو مرجح أو مرجع ، وحمل الأخبار المذكورة على الكراهة بعيد جداً ، والتعبير
 بأنّه كالرّاجع في قيئه لا يؤيد الكراهة لأنّه يمكن أن يكون من جهة خبث القبيء
 الموجب للحرمة لا من جهة تنفر الطبع لكن مع ذلك لا مجال لمخالفة المشهور .

ولو وهب أحد الزوجين الآخر ففي الرجوع تردّد ، أشبهه الكراهية ويرجع
 في هبة الأجنبي مادامت العين باقية مالم يعوّض عنها ، وفي الرّجوع مع التصرف قولان
 أشبههما الجواز .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٨ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٣٧٨ .

(٣) الوسائل كتاب الهبات ب ٤ ح ٨ .

(٤) الاستبصار ج ٢ ص ١٠٩ .

أما رجوع أحد الزوجين فيما وهب للآخر فمقتضى صحيح زرارة المذكورة عدم جوازه و يدل عليه أيضاً صحيحة زرارة ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « إن الصدقة محدثة إنما كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ينحلون و يهبون ، و لا ينفي لمن أعطى الله عز و جل شيئاً أن يرجع فيه ، قال : و ما لم يعط الله و في الله فإنه يرجع فيه نحلة كانت أوهبة ، حيزت أو لم تحز و لا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته و لا المرأة فيما تهب لزوجها حيز أولم يحز ، أليس الله تبارك و تعالى يقول : « و لا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً » ، و قال : « فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » ، و هذا يدخل فيه الصدقة و الهبة ، ^(١) .

و المشهور على الجواز مع الكراهة لصحيح محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل « عن رجل كانت له الجارية فأذته امرأته . فيها ، فقال : هي عليك صدقة ، فقال : إن كان قال : ذلك لله فليمضها و إن لم يقل فله أن يرجع إن شاء فيها » ، ^(٢) .

و استشكل في الاستدلال به باحتمال كون المراد أنه إذا قصد الصدقة و لم يقل لله فله الرجوع حيث أنها مشروطة بقصد القرية ، مع أن الصحيحة موافقة للكتاب بناء على أن المراد بما آتيتموهن أعم من الصدقة و الهبة لقوله عليه السلام في آخره .

و يمكن أن يقال : إذا قصد الصدقة التي أخذ فيها قصد القرية فلا حاجة إلى قول الله فيظهر من الرواية أنه ما قصد حيث لم يقل فلا إعطاء بقصد القرية يجوز الرجوع فيه و بدون الإعطاء لا يصدق الرجوع و الإعطاء بلا قصد القرية هبة فبقريته ذكر الرجوع يفهم تحقق الإعطاء ، و يمكن الاستدلال للمشهور بصحيفة عبد الرحمن بن - أبي عبد الله ، و عبد الله بن سليمان ، عن أبي عبد الله عليه السلام « عن الرجل يهب الهبة أو يرجع فيها إن شاء أم لا ؟ فقال عليه السلام : تجوز الهبة لنوي القرابة والذي يثاب من هبته و يرجع في غير ذلك » ^(٣) فيدور الأمر بين تخصيص و يرجع في غير ذلك و حفظ ما ظهر منه عدم

(١) الكافي ج ٧ ص ١١٠ و الاستبصار ج ٢ ص ١١٠ . وفيه « حيزاً أولم يحازاء » .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٨ .

(٣) تقدم ص .

الجواز على ظهوره و بين حفظ هذا الظهور و حمل ما ذكر على الكراهة الزائدة على كراهة مطلق الرجوع في الهبة قد يقوَّى التخصيص بملاحظة الذكر مع الصدقة التي لا رجوع فيها لكنه ذكر الواجب والمستحب و كذا الحرام و المكروه ليس بغزير ، و المسئلة لا تخلو عن الإشكال و الاحتياط بعدم الرجوع .

و أما الرجوع في الهبة للأجنبي في الجملة فقد سبق الكلام فيه .
و أما صورة التعويض فادعى الإجماع فيها على اللزوم و عدم الرجوع و يدل عليه ما رواه الشيخ ، عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله في الصحيح المتقدم ، و ما روي في الصحيح أو الحسن ، عن عبد الله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا عوض صاحب الهبة فليس له أن يرجع » (١) .

و قد يقال بجواز التعويض بنفس ما وهب كلاً أو جزءاً كأن يقول الواهب : وهبتك بشرط أن تهبني إياه بعد شهر أو سنة ، و يشكل لا من جهة عدم صدق العوض على نفس الشيء لعدم المعاوضة في الموهوب بل المعاوضة بين التملكين هبة وهبة أخرى عوضها بل من جهة الانصراف و عدم صدق الهبة للذي يثاب من هبته كما في الصحيح الأول و ما يقال من أنه لا بد أن يكون برضى الواهب مع قصد العوضيّة مشكل لا إطلاق الدليل ، و لا مانع من جواز الهبة أولاً و بعد إعطاء العوض تبدل الجواز باللزوم .

و أما صورة التصرف في العين الموهوبة للأجنبي ففيه أقوال : أحدها سقوط الجواز و عدم جواز الرجوع مطلقاً ، الثاني عدم السقوط مطلقاً ، الثالث التفصيل بين مثل البيع و الصلح و الهبة من التصرفات الناقلة للملك و مثل الاستيلاد المانع للردّ و مثل الطعن و النجر و الخياطة و نحوها مما يكون مغيراً للصورة و بين ما لا يكون كذلك كالسكنى و ركوب الدابة و تغليفها و لبس الثوب و نحوها مما لا يكون مغيراً للصورة .
و المندرك في المسئلة ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح أو الحسن عن الحلبي ،

وجميل عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها وإلا فليس له ^(١) » .

و قيام العين بعينها أمر عرفي كساير المفاهيم العرفية وقد يحصل الشك فمع مثل البيع و الصلح والهبة مع لزومها الظاهر أنه عند العرف ليست العين قائمة بعينها لكنه مع حصول الإقالة أو الفسخ يشكل صدق عدم القيام بعينها لأنها بنظر العرف من قبيل إعادة المعدوم ، ومثل الاستيلاد ليس عند العرف موجباً لعدم القيام بعينها بل المنع من قبل الشرع فلعله من باب تراحم الحكمين ، والظاهر أن ما يكون مغيراً للصورة كالطحن والتجرونحوهما مناف للقيام بعينها دون مثل السكنى والرّكوب والتعليق ، وقد يقع الشك كحصول وصف كمال لها من دون حصول نقصان في أوصافها السابقة ، فمع الشك المرجع عموم أو إطلاق أدلة جواز الرّجوع في غير الموارد المستثناة لما هو المقرّر في الأصول من الرّجوع إلى العام أو المطلق عند إجمال المخصّص أو المقيّد والدّوران بين الأقلّ والأكثر .

فالحق في المسئلة التفصيل ، و مع الإطلاق أو العموم لا مجال في موارد الشك للرّجوع إلى الاستصحاب كما لا يخفى وإن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكيمة .



﴿ كتاب الوصايا ﴾

☆ (وهي تستدعى فصولاً) ☆

﴿ الأول الوصية تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف بعد الوفاة ويفتقر إلى الإيجاب والقبول ﴾ .

الوصية إما تمليكية أو عهديّة ، ولا إشكال في عدم الحاجة في العهديّة إلى القبول وإن كان يظهر من عبارة المتن اشتراطه مطلقاً ، وقد يقال بعدم الحاجة إلى القبول في التمليكية أيضاً ، غاية الأمر رد الموصى له مانع ، ولازم هذا أنه لو لم يقبل الموصى له ولم يردّ كان الموصى به ملكاً له ، ويكون نماءه المتصلة والمنفصلة له ، ولا يلتزمون به ، بل ظاهر كلماتهم أنه مع عدم القبول والردّ والامتناع يجبر لملاحظة حال الورثة والإصاف أنه لا دليل على اعتبار القبول بملاحظة الأخبار بل الظاهر من بعضها حصول الملكية بمجرد الوصية فلاحظ صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل أوصى بثلاث ماله في أعمامه وأخواله ، فقال : لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث ^(١) » .

وما في التهذيب عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة قالت لأمتها : إن كنت بعدي فجاريّتي لك ، ففضي أن ذلك جائز ، وإن ماتت الابنة بعدها فهي جاريّتها ^(٢) » .

إلا أن يقال في الصحيحة : لعلّ نظر السائل إلى كيفية تقسيم الموصى به بين الأعمام والأخوال بعد الفراغ عن تمامية الوصية ولا تعرض لها لنحو تمامية الوصية ، وهذا نظير سؤال السائل : رجل باع داره من دون ذكر لقبول المشتري . ولا يبعد التمسك بما رواه العباس بن عامر في الصحيح قال : « سأله عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً ، قال : اطلب له وارثاً أو مولى نعمة فادفعها إليه ، قلت :

(١) الفقيه ص ٥٣٠ تحت رقم ١ .

(٢) المصدر ج ٢ باب الوصية للوارث تحت رقم ٨ .

فإن لم أعلم له ولياً ؟ قال : أجهد على أن تقدر له على ولي ، فإن لم تجده و علم الله منك الجدة فتصدق بها ^(١) ، حيث لم يستفصل في الجواب أن الموصى له قبل أولم يقبل ، فلو كان القبول لازماً في الصحة لزم حسب القاعدة أن يرجع الموصى به إلى وارث الموصى .

و المحكي عن المختلف بعد نقل الأقوال : و المعتمد أن نقول : الوصية إن كانت لغير معين كالفقراء و المساكين و من لا يمكن حصرهم كبنى هاشم أو على مصلحة كمسجد أو قنطرة أو حج أو مدرسة أو غير ذلك لم يقتصر إلى القبول و لزم بمجرّد الموت لتعذر اعتبار القبول من جميعهم فسقط اعتباره كالوقوف عليهم . وإن كانت لمعين افتقرت إلى القبول ، ولا يحصل الملك قبله لأن القبول معتبر فتحصيل الملك له قبل قبوله لا وجه له مع اعتباره ولأنه تملك عين لمعين ، فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ، ولأن الموصى له لو ردّ الوصية بطلت ، ولو كان قد ملك بمجرّد الإيضاء لم يزل الملك بالردّ كما بعد القبول ، ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل لامتناع تقدّم المشروط على شرطه .

و يمكن أن يقال : إن كانت الوصية التملكية عقداً و كل عقد يحتاج إلى الإيجاب و القبول بخلاف الإيقاع فكيف يقال في الوصية لغير معين أو على المصلحة لاجابة إلى القبول و مجرد تعذر القبول لا يصحح ، و إن منعنا كون الوصية عقداً فلا نجد الفرق بين الوصية لمعين و بين غيرها .

و مما يؤيد عدم كونها عقداً أن القائلين باعتبار القبول يكتفون بقبول وارث الموصى له مع موت الموصى له قبل القبول و من المعلوم أن الوارث ليس طرف للعقد و ليس القبول من الحقوق الموروثة ، فيكون من قبيل موت طرف العقد قبل القبول . و أما ما ذكر من امتناع تقدّم المشروط على شرطه ، فيمكن الجواب عنه بأن الرد كاشف عن عدم تحقق الملكية من الأوّل فالمقام نظير عزل مقدار من تركة الميت

(١) الفقيه ص ٥٣٠ تحت رقم ٢ . و الاستبصار ج ٢ ص ١٣٨ : و التهذيب ج ٢

بملاحظة الحمل فإن ولد حياً يرث سهمه من التركة وإلا فهو ميراث للورثة ، و
الحاصل أنه إن تحقق الإجماع على الحاجة إلى القبول فهو وإلا فالمرجع عموم أو
إطلاق أدلة صحة الوصية ونفوذها ومع الخدشة المرجع الأصل ، فإن بنينا على أن
الأصل في أمثال المقام الفساد من جهة استصحاب عدم تحقق الملكية بدون القبول
يحكم بالفساد ، وإن قلنا بأن حديث الرّفع لامانع من جريانه في أمثال المقام يحكم
بالصحة ، ولا يخفى أنه إن كان الأصل الفساد من جهة عدم العموم والاطلاق فمجرد
ما ذكر لعدم لزوم القبول في الوصية لغير المعين وللمصلحة لا يوجب الصحة ، بل
لابد من تحقق القبول ولو من بعض كفاية قبض البعض في الوقف على عنوان كعنوان
الفقراء أو الحاكم إن قلنا بولايته في أمثال المقام ، ومع عدم الدليل على الولاية بهذا
النحو يشكل الحكم بالصحة لعدم تمامية الوصية حتى يقال : إنفاذ الوصية لازم
في دور الأمر بين أن يكون يدكلاً أحد أو خصوص الحاكم فالقدر المتيقن هو الحاكم ،
فهو الموثق ، ففساقهم . فليس المقام من قبيل الوصية العهدية مع عدم تعيين الوصي
أو موته ، لكن الظاهر تسالمهم على عدم الحاجة إلى القبول .

وقد يقال : إن الوصية في هذه الصورة ليست تمليكية بل هي عهدية فليست
عقداً يحتاج إلى القبول ، ويشكل من جهة أنه إذا لم يعمل الوصي بالوصية فكيف
يملك الموصي له الموصى به لأن الوصي هو الذي يملك دون الموصي فلم يحصل الملك
وهذا خلاف ما تسالموا عليه ، وقد علل كونها عهدية بعدم صحة تملك الغير المعين
أو الجهة . ولا يخفى الاشكال فيه .

﴿ وتكفي الإشارة الدالة على القصد ، ولا تكفي الكتابة ما لم تنضم القرينة
الدالة على الإرادة ، ولا يجب العمل بما يوجد بخط الهيئت وقيل : إن عمل الورثة
ببعضها لزمهم العمل بجميعها ، وهو ضعيف . ولا تصح الوصية بمعصية كمساعدة الظالم
وكذا وصية المسلم للبيعة والكنيسة ﴾ .

أما كفاية الإشارة الدالة على القصد في الجملة فالظاهر عدم الخلاف فيها ،
واستدل بصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «إن أباة حدثه عن أبيه أن أمانة

بنت أبي العاص بن الربيع و أمها زينب بنت رسول الله ﷺ كانت تحت عليّ صلوات الله عليه بعد فاطمة رضي الله عنها فخلف عليها بعد عليّ رضي الله عنه المغيرة بن النوفل فذكر أنها وجعت وجعاً شديداً حتى اعتقل لسانها وأتاها الحسن والحسين ابنا عليّ عليهم الصلاة والسلام وهي لا تستطيع الكلام فجعلوا يقولان لها - والمغيرة كاره لما يقولان - : اعتقت فلاناً وأهله فجعلت تشير برأسها : لا ، كذا و كذا ^(١) فجعلت تشير برأسها : نعم ، لا تفصح بالكلام فأجازا ذلك لها . و خبر عليّ بن جعفر ، عن أخيه المرويّ عن قرب الاسناد « سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهاليهما يسألنه اعتقت فلاناً و فلاناً ؟ فيؤمي برأسه أو تؤمي برأسها في بعض : نعم ، و في بعض : لا ، و في الصدقة مثل ذلك أيجوز ذلك ؟ قال : نعم هو جائز » ^(٢) .

و لا يخفى عدم ظهور الرّوايتين في الوصيّة بل يمكن أن يكون الإشارة من المريض راجعة إلى الاعتاق عند الموت أو التصديق عنده أو الاقرار بهما ، و المعروف أنّه يكتفي بالإشارة مع العجز عن النطق و لا يبعد اعتبارها حتى مع التمكن لاكتفاء العقلاء في مقاصدهم بالإشارة ، و لم يقم دليل على لزوم التلفظ بوجوب الردع إلا أن المشهور عدم اعتبارها مع التمكن فان تمّ الاجماع و إلا فلا وجه له و لعله لهذا صرح في المتن بالكفاية من دون تقييد العجز وكذا الكتابة مع قصد الانشاء بهما و في خبر سدير عن أبي جعفر رضي الله عنه قال : « دخلت على محمد بن الحنفية وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصيّة فلم يجب فأمرت بطست فجعل فيه الرّمّل فوضع فقلت : خطّ بيدك ، فخطّ وصيته بيده في الرّمّل و نسخته أنا في صحيفة » ^(٣) .

و لم يظهر من هذا الخبر مدخلة العجز في اعتبارها بل لعلّ العدول إلى الكتابة بعد العجز عن النطق من جهة أسهلية النطق .

(١) الفقيه ص ٥٢٦ و التهذيب آخر كتاب العتق و أحكامه و فيه « فشير برأسها نعم كذا وكذا ، و كذا في الاستبصار و موضع آخر من التهذيب ص ٤٠٠ .

(٢) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٤ كتاب الوصية ب ٤٩ ح ٢ .

(٣) الفقيه ص ٥٢٦ تحت رقم ١ .

و أما ما كتب الميِّت بخطه فظاهر المتن عدم وجوب العمل به و لم يظهر وجهه مع كفاية الكتابة في الوصية و بناء العقلاء على العمل في مقاصدهم و اكتفاء المأمورين إذا صد من أمرائهم أو امرهم في الامور الخطيرة ، بل بناء الفقهاء في الأحاديث بما كتب في الكتب ، و النصوص الناهية عن أن يبيت الانسان إلا و وصيته تحت رأسه ، و من المعلوم أن الغرض العمل بها إذا مات و لعل نظر المانعين إلى صورة عدم حصول القطع أو الاطمينان بأنه خط الميِّت أو إرادة الوصية .

و أما عدم صحة الوصية بمعصية بمعنى صرف المال في المعصية فلا إشكال فيعولا خلاف و لا يمكن تنفيذها و يدل عليه الخبر « عن قول الله تعالى : « فمن بدّله بعد ما سمعه - الآية » قال : نسختها التي بعدها « فمن خاف من موص جنفاً أو إثمياً » قال : يعني الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصى [في ثلثه] فيما أوصى به إليه مما لا يرضى الله تعالى من خلاف الحق فلا إثم على الموصى إليه أن يبدّله إلى الحق و إلى ما يرضى الله تعالى به من سبيل الخير ، ^(١) .

ونحو المرسل المضر عنه أنه تعالى أطلق للموصى إليه أن يغير الوصية إذا لم تكن بالمعروف و كان فيها جنفاً و يردّه إلى المعروف لقوله تعالى « فمن خاف من موص جنفاً أو إثمياً فأصلح بينهم فلا إثم عليه » ^(٢) .

و لعل المراد من النسخ في الخبر الأول التخصيص لعدم إمكان الحمل على النسخ بمعنى المعروف و لعل المراد من التبديل عدم العمل بها لا التبديل بمعنى الظاهر كما لو أوصى بصرف ثلثه في البيع و الكنائس فبدّل الوصي في عمارة المسجد لعدم الدليل عليه غير الخبرين وإثبات مثل هذا الحكم بهما مشكل .

﴿ الثاني في الموصى و يعتبر فيه كمال العقل و الحرية ، و في وصية من بلغ عشرين في البرّ تردّد ، و المرويّ الجواز ، و لو جرح نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل ، ولو أوصى ثم جرح قبلت ، و للموصى الرجوع في الوصية متى شاء ﴾ .

(١) الكافي ج ٧ ص ٢١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٠ .

أما اعتبار كمال العقل بمعنى عدم كون الموصي مجنوناً أو سكران لا يعقل أو سفيهاً فلعدم نفوذ تصرفاته مع هذه الأوصاف .

وأما اعتبار الحرّية فوجهه أن العبد محجور في تصرفاته وإن قلنا بأنه يملك .
وأما وصية من بلغ عشر سنين وإن كان مقتضى القاعدة عدم نفوذها لكونه محجوراً في تصرفاته لكنّه ورد أخبار تدل على صحتها في وجوه المعروف . منها ما رواه الصدوق في الصحيح عن ابن أبي عمير ، عن أبان ، عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال :
« قال أبو عبد الله عليه السلام : إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته » (١) .

وما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم ، عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق أو صدّق أو أوصى على حدّ معروف وحقّ فهو جائز » (٢) .

وما رواه الشيخ في التهذيب في الموثق ، عن منصور بن حازم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سأله ، عن وصية الغلام هل يجوز ؟ قال : إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته » (٣) .

و عن أبي بصير و أبي أيوب في الموثق ، عن أبي عبد الله عليه السلام « في الغلام ابن عشر سنين يوصى قال : إذا أصاب موضع الوصية جازت » (٤) .

وما رواه المشايخ الثلاثة - عطر الله مراقدهم - في الصحيح ، عن محمد بن مسلم قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لأولى الأرحام ولم تجز للقرباء » (٥) .

و عن أبي بصير في الصحيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حقّ جازت وصيته ، وإن كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حقّ جازت وصيته » (٦) .

(١) الفقه ص ٥٢٦ .

(٢) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٣ كتاب الوصايا أبواب أحكام الوصايا ب ٢٢ ح ٢ .

(٣) الى (٦) الوسائل أبواب أحكام الوصايا ب ٢٢ .

والمستفاد من هذه الاخبار نفوذ وصية البالغ عشر سنين في الحق والمعروف بعد تقييد ما هو مطلق بالمقيّد ، بل نفوذ وصية ابن سبع سنين في اليسير من ماله في حق ، ثم إن هذا في الوصية بالاستقلال بدون المراجعة إلى الولي ، وأما إن قلنا بنفوذ تصرفات الغير البالغ بإجازة الولي فلا مانع من التصرف بالوصية وهذا الكلام في وصية السفیه والعبد إن قلنا بملكيتة يجري .

و أما لو جرح نفسه بما فيه هلاكها فالمصرّح به في كلمات الفقهاء - قدس الله أسرارهم - عدم قبول وصيته وبدل عليه صحيحة أبي ولاد المروية بطرق المشايخ الثلاثة - قدس أسرارهم - قال : «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها ، قيل له : أرأيت إن كان أوصى بوصية ، ثم قتل نفسه متعمداً من ساعته تنفذ وصيته ؟ قال : فقال : إن كان أوصى قبل أن يحدث حدث في نفسه من جراحة أو فعل لعله يموت أجزت وصيته في الثلث ، وإن كان أوصى بوصية بعدما أحدث في نفسه من جراحة أو فعل لعله يموت لم تجز وصيته» (١) .

ولامانع في الأخذ بهذه الصحيحة إلا ما قد يستشكل من لزوم تخصيص الكتاب الكريم ولا إشكال فيه كما في كثير من أبواب المعاملات .

و أما جواز رجوع الموصي عن وصيته متى شاء فالظاهر أنه لا خلاف فيه وبدل عليه الاخبار منها ما رواه المشايخ الثلاثة - قدس الله أسرارهم - عن عبيد بن زرارة قال : «قد سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : للموصي أن يرجع في وصيته إن كان في صحة أو مرض» (٢) .

و عن بريد بن معاوية في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «لصاحب الوصية أن يرجع فيها ويحدث في وصيته ما دام حياً» (٣) .

و عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام «المدير من الثلث و قال : للرجل أن يرجع في ثلثة إن كان أوصى في صحة أو مرض» (٤) إلى غيرها من الاخبار .

(١) الوسائل كتاب الوصايا أبواب أحكام الوصايا ب ٥٢ ح ١ .

(٢) و (٣) د د ب ١٨ ح ٣ و ٤ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٢٢ .

﴿ الثالث في الموصى له ويشترط وجوده فلا تصح لمعدوم ولا لمن ظن بقاؤه وقت الوصية فبان ميتاً ، وتصح الوصية للوارث كما تصح للأجنبي ، وللحمل بشرط وقوعه حياً ، وللدنمي ولو كان أجنبياً وفيه أقوال ﴾ .

أما اشتراط وجود الموصى له حال الوصية فالظاهر عدم الخلاف فيه وقد ذكر في وجه عدم الصحة أن الموصى به إما عين أو منفعة والمعدوم غير قابل لأن يتملك العين أو المنفعة وأورد عليه بالنقض بالوقف حيث أنه يصح الوقف على المعدوم بتبع الموجود وكذا يصح بيع الثمرة مع أنها معدومة حال البيع ، ولا فرق بين تملك المعدوم وتمليك المعدوم ، ولا يخفى أن الصحة وعدم الصحة في الأمور الاعتبارية يدوران مدار اعتبار العقلاء ولا شك في صحة الاعتبار مضافاً إلى أن الملكية تتحقق بعد الموت لا بمجرد الوصية فالعمدة الإجماع إن تم .

وقد يستدل على عدم الصحة بعدم شمول الأدلة ، والظاهر عدم الإشكال في الإطلاق ولذا يؤخذ به في الأمور التي لا تعرض في الأخبار لها ، فإن الوصية للحمل حتى قبل ولوج الروح المعروف صحتها ، والظاهر عدم نص بالخصوص فيها فلا بد من التمسك بالإطلاقات . وأما صحة الوصية للوارث فالظاهر عدم الخلاف فيها خلافاً للجمهور حيث أن أكثرهم على عدم جوازها للوارث ، ورووا في ذلك عنه عليه السلام أنه قال : لا وصية لوارث ، ^(١) .

و يدل على ما ذكره الأصحاب قوله تعالى «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين» ^(٢) وقيل هذه الآية منسوخة بآية الفرائض وقد روى العياشي في تفسيره عن ابن مسكان عن أبي جعفر عليه السلام في قوله تعالى «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين» قال : هي منسوخة نسختها آية الفرائض التي هي المواريث ^(٣) .

(١) أخرجه أبوداود في السنن ج ٢ ص ١٠٣ ، وابن ماجه في السنن ج ٢ ص ٩٠٥ .

(٢) البقرة : ١٨٠ .

(٣) المصدر ج ١ ص ٧٧ .

و جملة من الأصحاب حملوا هذه الرواية على التقيّة ، و احتمل حمل النسخ فيها على نسخ الوجوب وهذا الاحتمال قريب من جهة أن لا يرث بعد الوصيّة والنسخ مع عدم إمكان الجمع .

و يدلّ على مذهب الأصحاب أخبار منها ما رواه في الكافي عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الوصيّة للوارث ، فقال : تجوز ، ^(١) .

و ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن أبي ولّاد الحنّاط قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الميت يوصى للوارث بشيء ؟ قال : نعم - أو قال جائز له ، ^(٢) . و ما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم في الصحيح ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « الوصيّة للوارث لا بأس بها ، ^(٣) إلى غير ما ذكر .

و أمّا الوصيّة للحمل فالظاهر عدم الخلاف في صحتها بشرط وقوعه حيّاً وإن لم تحلّ الحياة و استدلّ عليها بعموم ما دلّ على جوازها مع عدم العثور بنصّ دالّ على الصحة في خصوص الحمل لكن لا تستقرّ إلا بانفصاله حيّاً كالإرث بمعنى أنّه إذا انفصل حيّاً ينكشف صحّة الوصيّة فلو وضعته ميتاً انكشف بطلان الوصيّة و إن كان قد حلّته الحياة في بطن أمّه و لازم ما ذكر أنّه إذا مات الموصى انتقل الموصى به إلى الحمل و إن لم تحلّ الحياة و كان النماء المتخلّل يتبع العين في ذلك و ظاهرهم عدم اعتبار القبول لتعذّره حيث لم يعلم ولاية الأب والجدّ بالنسبة إليه كما قيل بسقوط اعتبار القبول في الوصيّة للجهات العامّة .

و أمّا جواز الوصيّة للذمّي فهو مختار جماعة و استدلّ عليه بقوله عزّ و جلّ : « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدّين - إلى قوله تعالى : - أن تبرّوهم ، و الوصيّة برّ .

و ما رواه المشايخ الثلاثة - قدّس الله تعالى أرواحهم - عن محمد بن مسلم في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله فقال : أعطه لمن أوصى به و إن كان يهودياً أو نصرانياً إن الله تبارك و تعالى يقول : « فمن بدّله بعدما سمعه

فإنما إثمهم على الذين يبدلون^(١) .

وما رواه في الكافي و التهذيب بسند صحيح عن محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليه السلام مثله بأدنى تفاوت .

وما رواه المشايخ الثلاثة ، عن يونس بن يعقوب « إن رجلاً كان بهمدان ذكر أن أباه مات و كان لا يعرف هذا الأمر فأوصى بوصية عند الموت و أوصى أن يعطى في سبيل الله ، فسئل عنه أبو عبد الله عليه السلام كيف يفعل به فأخبرناه أنه كان لا يعرف هذا الأمر ، فقال : لو أن رجلاً أوصى أنني أضع في يهودي أو نصراني لوضعتة فيهما ، إن الله عز وجل يقول : « فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلون^(٢) » فأنظروا إلى من يخرج إلى هذا الوجه - يعني بعض الثغور - ، فابعثوا به إليه^(٣) .

و قيل بعدم الصحة من جهة استلزام الوصية المودعة و هي محرمة بالنسبة إلى الكافر لقوله تعالى : « لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله و رسوله و لو كان آباءهم أو أبناءهم ، و هي متناولة للأرحام و غيرهم ، و أجيب بمعارضته بقوله تعالى : « لا ينهاكم الله - الآية » ، و بما تقدم من الاخبار و بقوله عليه السلام « في كل كبد حرى أجر^(٣) » و بالنقض بجواز هبته و إطعامه و منع كون مطلق الوصية مادة لأن الظاهر أن المراد منها موادة المحاد لله من حيث هو محاد لله بقرينة ما ذكر من جواز صلته و أورد عليه بأن الأخبار المذكورة لا دلالة فيها على أزيد من وجوب تنفيذ الوصية كما أوصى به الموصي و هو لا يستلزم جواز ذلك بل من الممكن أن يكون ما فعله محرماً يأنم عليه و إن وجب تنفيذه على الوصي و ذكر أخبار في قبال الخبر النبوي « في كل كبد حرى أجر » منها ما روى ثقة الإسلام في الكافي عن أبي يحيى عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « من أشبع مؤمناً وجبت له الجنة ، و من أشبع كافراً كان حقاً

(١) الكافي ج ٢ ص ١٤ . و التهذيب ج ٢ ص ٣٩٧ .

(٢) الوسائل ص ٦٧٠ كتاب الوصايا أبواب أحكام الوصايا ب ٣٣ ح ٢ .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده من حديث سراقه بن مالك .

على الله أن يملأ جوفه من الزقوم مؤمناً كان أو كافراً،^(١).

وروى الصدوق - قدس سره - في كتاب معاني الأخبار بسنده فيه عن النهيكي رفعه إلى أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : « من مثل مثلاً أو اقتنى كلباً فقد خرج من الإسلام ، فقلت : هلك إذاً كثير من الناس ، فقال : ليس حيث ذهبتم ، إنما عنيت بقولي من مثل مثلاً ، من نصب ديناً غير دين الله ، ودعا الناس إليه ، وبقولي « من اقتنى كلباً » عنيت مبغضاً لنا أهل البيت اقتناء فاطمته و سقاه ، من فعل ذلك فقد خرج عن الإسلام ،^(٢) . وعن معلى بن خنيس عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : « من أشبع عدواً لنا فقد قتل ولياً لنا^(٣) ، ففي وصيته عليه السلام المنقولة في كتاب مجالس الشيخ : « يا أبا نذر لا يأكل طعامك إلا نقي » - إلى أن قال - أطعم طعامك من يحب في الله و كل طعام من يحبك في الله ،^(٤) .

و روى في التهذيب عن عمر بن يزيد قال : « سأله عن الصدقة على النصاب و على الزيدية ، فقال : لا تصدق عليهم بشيء ، ولا تسقمهم من الماء إن استطعت و قال : الزيدية هم النصاب^(٥) » ، إلى غير ذلك من الأخبار .

و يمكن أن يقال : لا يخفى إباء هذه الأخبار عن التقييد والتخصيص فكيف يجوز للوصي العمل بالوصية مع أنه المباشر للعمل ، وما في هذه الأخبار مناف لما هو المعروف من معاملة المعصومين مع أعدائهم ، بل مع معاملة النبي صلى الله عليه وآله مع الكفار ، و مناف مع الآية الشريفة « لا ينهاكم الله عن الذين - الآية » فلا بد من رد العلم بها إلى أهله ، و نمنع كون الوصية والعمل بها للوصي مادة من غير حاجة إلى صرف النهي عن المادة إلى المادة لمن حاد الله ورسوله من جهة محادثته .

﴿ ولا تصح للحربي ولا للمملوك غير الموصي ولو كان مدبراً أو أم ولد ، نعم لو أوصى

(١) الكافي ج ٢ ص ٢٠٠

(٢) المصدر ص ١٨١ .

(٣) و (٤) الوسائل كتاب الاطعمة أبواب آداب المائدة ب ١٩ ح ٣ و ٤ .

(٥) المصدر باب مستحق الزكاة تحت رقم ١٢ .

لمكاتب قد تحرر بعضه مضت الوصية في قدر نصيبه من الحرية . ونصح لعبد الموصى ومدبره . ومكاتبه وأُمُّ ولده ، و يعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث ، فان كان بقدر قيمته أعتق ، وكان الموصى به للورثة ، وإن زاد أعطى العبد الزائد وإن نقص عن قيمته سعى في الباقي ، و قيل : إن كانت قيمته ضعف الوصية بطلت ، وفي المستند ضعف .
 أما عدم صحة الوصية للحربي فهو مبني على كون الوصية مادة للحربي المعاهد لله تعالى ورسوله ﷺ ، وقد عرفت المنع و دلالة الأخبار المذكورة على لزوم إنفاذ الوصية حتى بالنسبة إلى اليهودي والنصراني مع كون النصارى غالباً حريين في عصر صدور الأخبار المذكورة ، و عدم عمل الأصحاب بالأخبار الدالة على حرمة إشباع الأعداء وإطعامهم وسقيهم .

و قد يتمسك بعدم قابلية الحربي للتملك ولا يخفى منعه ، و ما ورد من أنهم و مالهم فيء للمسلمين يؤيد تملكهم وإلا لزم عدم جواز تملك ما أخذوا من المسلمين بالبيع والاشتراء .

و أما عدم صحة الوصية لمملوك غير الموصى و لو كان مدبراً أو أُمُّ ولد فهو المشهور لا من جهة عدم القابلية للتملك لما سبق في كتاب البيع من القابلية والتملك غاية الأمر أنه يكون محجوراً عليه ، ولا رواية عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليهما السلام قال : « لا وصية لمملوك ^(١) » لأن هذا الخبر كما يحتمل نفى الوصية من الغير له يحتمل نفى أن يوصى المملوك للغير . بل من جهة ما رواه المشايخ الثلاثة - قدس الله تعالى أرواحهم - في الصحيح عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليهما السلام في مكاتب قال : « قضى أمير المؤمنين صلوات الله عليه في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية فقال أهل الميراث : لا نجيز وصيتها له إنه مكاتب لم يعتق ولا يرث ، فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه ويجوز له من الوصية بحساب ما اعتق منه ، وقضى في مكاتب أوصى له بوصية و قد قضى نصف ما عليه فأجاز له نصف الوصية ، وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية فأجاز ربع الوصية ، و قال في رجل حرَّ أوصى لمكاتبته و قد قضت

سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما اعتق منها ، ^(١) .

وأما صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين صاوات الله عليه في مكاتب قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما اعتق منه ، وقضى في مكاتب قضى نصف ما عليه فأوصى بوصية فأجاز نصف الوصية ، وقضى في مكاتب قضى ثلث ما عليه وأوصى بوصية فأجاز ثلث الوصية ، ^(٢) و غيرها فهي راجعة إلى وصية المملوك ، ولا دلالة لها لما نحن فيه ، وجه الاستدلال بالصحيحة المذكورة تقرير المعصوم أهل الميراث عدم جواز الوصية له من جهة أنه لم يعتق وإختصاص الإرث و جواز الوصية له بحساب ما اعتق منه .

و نوقش في السند من جهة اشتراك محمد بن قيس بين الثقة وغيره و دفع المناقشة بمنع الاشتراك في الرأوي للقضايا مع أن الرأوي عنه هنا عاصم بن حميد و هو قرينة على كونه البجلي الثقة ولا يخفى الاشكال في الاعتماد على القرائن الموجبة للاظن فالعمدة تلقى الرواية بالقبول مع نقلها في الكتب المذكورة ، وبهذه الرواية تستدل على مضي الوصية بالنسبة إلى المكاتب المحرر بعضه بقدر ما تحرر .

وأما صحة الوصية لعبد الموصى ومدبره و مكاتبه و أم ولد فادعى الإجماع عليها واستدل عليها بالصحيحين في أحدهما « رجل أوصى بثلث ماله لمواليه و لموالياته الذكر والأنثى فيه سواء أو للذكر مثل حظ الأنثيين من الوصية ، فوقع جائز للميت ما أوصى به على ما أوصى به إن شاء الله ، ^(٣) .

و في الثاني « رجل أوصى لمواليه و موالى أبيه بثلث ماله فلم يبلغ ذلك ؟ قال : المال لمواليه و سقط موالى أبيه ، ^(٤) .

و نوقش في الاستدلال بهما باشتراك لفظ المولى بين العبد وغيره و لعله المراد

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٨ والنجيه ص ٥٣٢ والتهذيب ج ٢ ص ٣٩٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٥ .

(٣) النجيه ص ٥٣٠ .

(٤) التهذيب ج ٢ كتاب الوصايا أبواب الزيادات تحت رقم ٤١ .

دون الأول بل لعل القرينة على إرادة الغير للظهور في إعطاء الثلث للموصى له بأن يسلم إليه دون أن يعتق منه بحسابه ، وقد يستظهر إرادة العبد من المولى بقرينة إسقاط الوصية في الثاني لموالي أيه ، ويمكن أن يقال : لعل إسقاط الوصية لموالي أيه في الصحيح الثاني من جهة عدم بلوغ الثلث و صرف الثلث في ما قدم في الوصية .
وأما المناقشة باشتراك لفظ المولى فيمكن أن تدفع بأن الإمام عليه السلام لم يسئل ما المراد من المولى فيشمل الجواب ما لو أراد العبد أو غيره بل لا مانع من التمسك بعموم أو إطلاق أدلة الوصية والخارج بالدليل مملوك غير الموصى فتدبر ، وأما ما ذكر من أن القرينة على إرادة الغير - إلخ ، فيمكن منعه بمنع عدم تملك العبد أو لا ومنع ظهور اللام في التسليم إلى العبد .

وأما اعتبار كون ما يوصى به بعد خروجه من الثلث فلما هو المملوك من خروج الوصية من الثلث وعدم نفوذ الوصية في الزائد عليه إلا مع إضاء الورثة .
وأما ما ذكر من إعتاق المملوك إن كان الموصى به بقدر الثلث و كون الموصى به للورثة - إلخ ، فاستدل له بخبر الحسن بن الصالح عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل أوصى لمملوك له بثلاث ماله قال : فقال يقوم المملوك بقيمة عادلة ، ثم ينظر ما بلغ ثلث الميِّت فإن كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع قيمته ، وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد اعتق و دفع إليه ما يفضل من الثلث بعد القيمة » (١) .
وما في الفقه الرضوي « وإن أوصى لمملوكه بثلاث ماله قوم المملوك قيمة عادلة فإن كانت قيمته أكثر من الثلث ، والمتيقن من الخبر المذكور الوصية بالثلث المشاع و أما الوصية بالمعين فقد يقال بطلانها إن قلنا بعدم تملك العبد ، وإن قلنا بتملكه فاعتاقه والاستسعاء خلاف الوصية . و نسب هذا التفصيل إلى جماعة ، ولا يبعد الأخذ بإطلاق الخبر ، ألا ترى أن أخبار المتعرضة لمقدار ما ينفذ فيه الوصية تكون بنحو التعبير المذكور في هذا الخبر ولا اختصاص لها بالجزء المشاع ، وكذا ما دل على أن الوصية بما دون الثلث أفضل حتى أنها بالرُّبع أفضل من الثلث ، وبالخمس أفضل من

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٨ ، والاستبصار ج ٢ ص ١٢٠ .

الرُّبْع ، و يبعد الجمود ، والقول بأنَّ الاستسعاء مخصوص بخصوص ما في الخبر من كون الثلث أقلَّ من قيمة العبد بقدر ربع القيمة لأنَّ الظاهر أنَّ الإمام عليه السلام بصدد بيان جميع الصور ولذا تعرَّض صورة كون الثلث أكثر من قيمة العبد ، فالظاهر أنَّ ذكر الرُّبْع من باب المثال ففي صورة تساوي الثلث مع قيمة العبد يكون الموصى به للورثة لمقابلته مع العبد المملوك لهم بمقتضى الارث وإن زاد تكون الزيادة للعبد حسب الوصية و مع النقصان يستسعى العبد و يكون ما بقي من قيمته للورثة ، و على ما ذكر لا فرق بين كون القيمة ضعف الوصية أو أقلَّ أو أكثر .

والقائلون ببطلان الوصية مع كون القيمة ضعف الوصية يجعلون ما في الخبر مثلاً لما لم يبلغ النصف من الأقل ولعلَّه لأصالة بطلان الوصية للعبد ولا شعار بعض الاخبار الوارد فيمن أعتق عبده و كان عليه دين المشتعل على التعليل بتهمة الموصي على الورثة و عدمها مع بلوغ الثلث النصف و عدمه .

أما الأصل المذكور فالاطلاقات على خلافه بعد الفراغ عن قابلية المملوك للتملك و أما الاشعار المذكور فسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

﴿ ولو أعتقه عند موته و ليس غيره و عليه دين ، فإن كان قيمته بقدر الدين مرتين صحَّ العتق و إلا بطل ، و فيه وجه آخر ضعيف و لو أوصى لأُمِّ ولده صحَّ ، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب الولد ؟ قولان : فإن اعتقت من نصيب الولد كان لها الوصية ، و في رواية أخرى تعتق من الثلث ولها الوصية ﴾ .

اللازم ذكر ما ورد من الاخبار فمن ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب عن عبد الرحمن ابن الحجاج في الصحيح قال : « سألتني أبو عبد الله عليه السلام هل يختلف ابن أبي ليلى و ابن شبرمة ؟ فقلت : بلغني أنَّه مات مولى لعيسى بن موسى وترك عليه ديناً كثيراً وترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك ، فقال ابن شبرمة : أرى أن يستعيبهم في قيمتهم فيدفعها إلى الغرماء فأنه قد أعتقهم عند موته فقال ابن أبي ليلى : أرى أن أبيعهم وأدفع أثمانهم إلى الغرماء فأنه ليس له أن يعتقهم عند موته و عليه دين يحيط بهم ، و هذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرَّجُل عبده و عليه دين

كثير فلا يجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمة يده إلى السماء فقال سبحان الله يا ابن أبي ليلى متى قلت بهذا القول ؟ والله ما قلته إلا طلب خلافي . فقال أبو عبد الله عليه السلام : فمن رأي أيتهما خرج الرجل قال : قلت : بلغني أنه أخذ برأي ابن أبي ليلى و كان له هوى في ذلك ^(١) فباعهم وقضى دينه قال : فمع أيتهما من قبلكم ؟ قلت له : مع ابن شبرمة وقد رجع ابن أبي ليلى إلى رأي ابن شبرمة بعد ذلك فقال : أما والله إن الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلى و إن كان قد رجع فيه ، قلت : هذا ينكسر عندهم في القياس ، فقال : هات قايسنى ، فقلت أنا أقايسك ؟ فقال : لتقولن بأشد ما يدخل فيه من القياس .

فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالا غيره و قيمة العبد ستمائة درهم و دينه خمسمائة درهم ، فأعتقه عند الموت كيف يصنع ؟ قال : يباع العبد و يأخذ الغرماء خمسمائة درهم و يأخذ الورثة مائة درهم فقلت : أليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم عن دينه ؟ فقال : بلى ، قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء ؟ قال : بلى ، قلت : أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه ؟ فقال : إن العبد لا وصية له ، إنما ماله لمواليه ، فقلت له : فإذا كانت قيمة العبد ستمائة درهم و دينه أربعمائة درهم ؟ قال : كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائة درهم ، و يأخذ الورثة مائتين ، فلا يكون للعبد شيء ، قلت له : فإن قيمة العبد ستمائة درهم و دينه ثلاثمائة درهم فضحك ، وقال : من ههنا أتى أصحابك فجعلوا الأشياء شيئا واحداً و لم يعلموا السنة إذا استوى مال الغرماء و مال الورثة ، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على وصيته وأُجيزت وصيته على وجهها فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء ، ويكون ثلثه للورثة ، و يكون له السدس ^(٢) .

و ما رواه في الكافي عن زرارة في الحسن أو الصحيح ، عن أحدهما عليه السلام في رجل أعتق مملوكه عند موته و عليه دين قال : إن كان قيمته مثل الدين الذي عليه و مثله

(١) أى كان لمبى ميل فى العمل بفتوى ابن أبي ليلى .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٦ .

جاز عتقه وإلا لم يجز^(١)، ورواه الشيخ في التهذيب في الصحيح أو الحسن عن زرارة الحديث منطوياً^(٢).

وما رواه في الاستبصار عن حفص بن البختري في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا ملك المملوك سدسه استسعى وأُجيز^(٣) ، وما رواه في الاستبصار أيضاً عن زرارة في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا ترك الذي عليه مثله أعتق المملوك واستسعى^(٤) ، وما رواه في الكافي عن الحسن الجهم في الموثق قال : « سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول في رجل أعتق مملوكاً له وقد حضره الموت وأشهد له بذلك وقيمته ستمائة درهم ، وعليه دين ثلاثمائة درهم ، ولم يترك شيئاً غيره ؟ قال : يعتق منه سدسه لأنه إنما له منه ثلاثمائة درهم و يقضى منه ثلاثمائة درهم فله من الثلاثمائة درهم ثلثها وهو السدس من الجميع^(٥) » .

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل يقول إن مت فعبدي حرٌّ و على الرجل دين قال : ثم إنه توفي وعليه دينٌ قد أحاط بثمان العبد ببيع العبد وإن لم يكن أحاط بثمان العبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه وهو حرٌّ إذا وفاه^(٦) ، ثم إنه لا شبهة في إشتراط عتق العبد بكون قيمته مثلي الدين أو أكثر بحسب الأخبار المذكورة مع تقييد بعضها المطلق ، ويظهر من التعليل المذكور في صحيح عبد الرحمن المذكور إن منشأ الحكم المذكور أنه مع استواء مال الغرماء ومال الورثة أو أكثرية مال الورثة لم يتهم الموصي في وصيته والتصرف المنجز كالمعلق ، فمن هذه الجهة قال جماعة باشتراط هذا في الوصية للعبد ، ويظهر أيضاً من التعليل المذكور في رواية الحسن بن الجهم أنه ليس له إلا الثلث كما أنه يستفاد عدم

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٧ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٣١٣ .

(٣) المصدر ج ٣ ص ٨ .

(٤) المصدر ج ٣ ص ٨ .

(٥) المصدر ج ٧ ص ٢٧ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٣١٣ والفقيه ص ٣٤٤ باب العتق وأحكامه .

سلطنة المالك بالنسبة إلى ما يقابل دينه ، وهذا خلاف ما هو المعروف من عدم سلب السلطنة بدون حجر الحاكم فيقع التعارض بين هذا الصحيح والموثق المذكور والاختبار الدالة على خروج التصرفات المنجزة من الاصل دون الثلث ، فمن أخذ بالأخبار الدالة على الخروج من الأصل ترجيحاً أو تخيراً ليس له العمل بهذا الصحيح والموثق المذكور بل لعله يشكك العمل بسائر أخبار الباب حيث إنه يستفاد من الصحيح المذكور والموثق أن علة الحكم مذكور، إلا أن يقال غاية الأمر ترك العمل بالصحيح المذكور ، والموثق فلا موجب لعدم العمل بسائر الأخبار إلا أن يقال عدم العمل من جهة لا يوجب ترك العمل من جهة أخرى أعني كون تشابه الحكم المذكور في المطلق ما ذكر فيشكل العمل بما لم يذكر فيه علة الحكم .

و أما الوصية لأُمّ ولده فالظاهر عدم الخلاف في صحتها ويدل عليها ما رواه المشايخ الثلاثة - رحمهم الله تعالى - في الصحيح عن أبي عبيدة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له أمٌ وولد وله منها غلامٌ ، فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو بأكثر ، للورثة أن يسترقوها ؟ قال : فقال : لا بل تعتق من ثلث الميِّت وتعطي ما أوصى لها به ^(١) ، وزاد في الكافي والتهذيب ، وفي كتاب العباس « تعتق من نصيب ابنها و تعطي من ثلثه ما أوصى لها به » .

و روى الشهيد في شرح الارشاد عن الشيخ في التهذيب عن أحمد بن محمد ، عن علي بن محبوب عن جميل بن صالح عن أبي عبيدة عن أبي الحسن عليه السلام « في رجل أوصى لأُمّ ولده بألفي درهم ، فقال : تعتق من ثلث الميِّت و يعطي ما أوصى لها » وفي كتاب العباس - الخ .

و نحوهما ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال « نسخت من كتاب بخط أبي الحسن عليه السلام فلان مولاك توفي ابن أخ له وترك أمٌ وولد له ليس لها ولد ، فأوصى لها بألف هل تجوز الوصية ؟ وهل يقع عليها عتق ؟ وما حالها

(١) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٨٢ ح ٢ .

رأيتك فدتك نفسي في ذلك ؟ فكتب عليه السلام تعق من الثلث ولها الوصية ، ^(١) .
 وإنما الكلام في أنها هل تعق من الوصية إذا وفّت بقيمتها أو من نصيب ولدها
 أو على التخيير أو من ثلث الميت غير ما أوصى به ؟ قد يقوَّى العتق من نصيب الولد
 لعموم ما دلّ من النصّ وغيره مضافاً إلى قاعدة انعقاد الأبوين بحصول سبب ملك الولد
 لهما .

ويمكن أن يقال : لا مانع من الأخذ بالعموم والقاعدة المذكورين والأخبار
 المذكورة كما في نظائره فمع سبق أحد الموجبين يكون المسبب مستنداً إليه ، وفي المقام
 الوصية مقدّمة لما في الآية الشريفة « من بعد وصية يوصى بها أودين » و ما نقل من
 كتاب العباس بمجرّد وجوده في الكتاب المذكور لامجال للاستدلال به كما قال في المسالك
 وبعد وجود النصّ لا مجال للاشكال بأن العتق من الثلث هنا لا يظهر له وجه نعم يتوجّه
 الاشكال إن كان المراد من الثلث غير الوصية حتّى يصير زائداً على الثلث مع أنّه من
 المسلم عدم نفوذ الوصية مع الزيادة على الثلث إلاّ بامضاء الورثة ، ولعلّ ما ذكر في
 كلماتهم من إعراض الأصحاب عن العمل بأخبار الباب مبنيّ على هذا و لكن مخالفة
 الأصحاب مع إعراضهم مشكلة و لا مجال لحمل النصّ على ما أوصى بعقها أو على
 ما لو كان نصيب ولدها بقدر الثلث و إن أبيت ومنعت سبق علّة موجبة للعتق، قلنا نأخذ
 بالنصّ و قلنا بتخصيص العموم الدالّ على انعقاد الأمّ من نصيب الولد .

و على ما ذكر لا إشكال في إعطائها الوصية و أمّا على القول بانعقادها من نصيب
 الولد فلا يستفاد ممّا ذكر إعطاؤها الوصية ، بل في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج المذكور
 نفي الوصية للعبد إلاّ أن يقوم الإجماع .

﴿ وإطلاق الوصية تقتضي التسوية ما لم ينصّ على التفضيل ، وفي الوصية لأخواله
 وأعمامه رواية بالتفضيل كالميراث والأشبه التسوية ، وإذا أوصى لقربته فهم المعروفون
 بنسبه ، وقيل لمن يتقرّب إليه بأخر أب في الإسلام ، ولو أوصى لأهل بيته دخل الأولاد
 والآباء ، والقول في العشيرة والجيران والسبيل والبرّ و الفقراء كما مرّ في الوقف ﴾ .

إن كان الموصي في مقام البيان و أوصى لجماعة محصورين فلا إشكال في التسوية و إن لم يكن في مقام البيان بل الإهمال من هذه الجهة فالتسوية مشكلة ، بل تكون الوصية مبهمة فما يقال من التسوية حتى مع عدم قصد الموصي مشكل لعدم العثور على ما يدل على التسوية تعبداً ، هذا مع عدم ذكر ما يدل على التفضيل و معه لا إشكال في العمل بنحو الوصية ، و يكفي في التفضيل ظهور الكلام ولو لم يكن بالصراحة لحجية الظهور كما أنه مع عدم الحصر في الموصى له لا بد من الصرف كما في صرف الزكاة في الفقير .

و أما الوصية للأخوال و الأعمام فإن الشيخ - رحمه الله - و جماعة ذهبوا إلى أن للأعمام الثلثين و للأخوال الثلث إستناداً إلى ما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم و فيها الصحيح و الحسن و الموثق عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه و أخواله فقال : لأعمامه الثلثان و لأخواله الثلث » ^(١) و قد يؤيد الخبر المذكور ما روي عن سهل عن أبي محمد عليه السلام في حديث قال : و كتبت إليه « رجل له ولد ذكور و إناث و أقر لهم بضیعة أنها لولده ولم يذكر أنها بينهم على سهام الله عز و جل » و فرائضه ، الذکر والأُنثى فيه سواء ؟ فوقع عليه السلام ينفذون فيها وصية أبيهم على ماسمى فان لم يكن سمى شيئاً ردوها إلى كتاب الله عز و جل إن شاء الله تعالى » ^(٢) .

ويمكن أن يقال : يستبعد جداً أن يكون الموصي في مقام البيان ولم يذكر التفرقة و التفضيل و مع ذلك فضل بعض على بعض تعبداً ، بل لولا النص بعد هذا من تبديل الوصية فلا بد من حمل الرواية على صورة الإهمال فيكون هذا نظير الحكم بصرف الوصية في وجوه البر عند نسيان الوصي مصرف الوصية ولعل رواية سهل التي رواها المشايخ الثلاثة المذكورة ناظرة إلى ما ذكر .

وأما الوصية للقراة فهي للمعروفين بنسبه : قال أحمد بن محمد بن أبي نصر : « نسخت من كتاب بخط أبي الحسن عليه السلام رجل أوصى لقراة بألف درهم وله قرابة من قبل أبيه و أمه يعطى من كان بينه وبينه قرابة أولها حد ينتهي إليه فأريك - فذلك نفسي -

فكتب عليه السلام : إن لم يسمَّ اعطاها قرابته ، ^(١) وكذا عن الحميريَّ إلا أنه قال : « أعطى أهل بيت قرابته من غير فرق بين الوارث وغيره و المسلم و الكافر و الذَّكر و الأنثى ، وحكى عن الشيخ - قدَّس سرُّه - إن الموصى به لمن يتقرَّب إليه إلى آخر أب وأم له في الإسلام ولا يرتقى إلى آباء الشرك وإن عرفوا بقرابته عرفاً ، واستدلَّ عليه بقوله عليه السلام : « قطع الإسلام أرحام الجاهليَّة » وقوله تعالى لنوح عن أبنه « إنه ليس من أهلك » والجواب أنه تنزيل لادليل على شموله لمثل المقام و الشاهد عليه قوله تعالى : « لا تجد قوماً يؤمنون بالله يوادُّون من حادَّ الله - الآية » حيث نهى عن المودة مع حفظ الأبوة و البنوة و لازم ما ذكر عدم القرابة لمن يكون مسلماً و قرابته بوساطة كافر وهو كما ترى .

و أما الوصيَّة لأهل بيته فيدخل فيهم الآباء والأولاد وإن نزلوا والأجداد وإن علوا و حكى عن تغلب أنه أهل البيت عند العرب آباء الرِّجال و أولادهم كالأجداد و الأعمام و أولادهم و يستوي الذَّكور و الإناث ولعلَّه عليه جرى قوله صلَّى الله عليه وآله : « أنا أهل البيت لا تحلُّ لنا الصدقة » . و القول في العشيرة - الخ كما مر في الوقف .

✽ و إذا مات الموصى له قبل الموصى انتقل ما كان إلى ورثته مالم يرجع الموصى على الأشهر ولو لم يخلف وارثاً رجعت إلى ورثة الموصى ، وإذا قال : أعطو فلاناً دفع إليه يصنع به ما شاء ، و يستحبُّ الوصيَّة لذوي القرابة وارثاً كان أو غيره ✽ .

المشهور بينهم أنه إذا مات الموصى له قبل الموصى يقوم الوارث مقام الموصى له فمع اعتبار القبول في الوصيَّة التمليكيَّة يقبل ويملك بعدموت الموصى ومع عدم الاعتبار يملك بعدموته و استدلَّ عليه بما رواه المشايخ الثلاثة - قدَّس الله أسرارهم - في الصحيح عن محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب فتوفي الذي أوصى له قبل الموصى ؟ قال : الوصيَّة لوارث الذي أوصى له قال : و من أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفي الموصى له قبل الموصى ،

فالوصية لو ارث الذي أوصى له إلا أن يرجع في وصيته قبل موته ،^(١) .
 و لا مجال للخدشة في السند من جهة اشتراك محمد بن قيس بين الثقة و غيره لأخذ
 الأصحاب بالخبر مضافاً إلى الظن بكونه الثقة بقريظة رواية عاصم بن حميد عنه^(٢) .
 و في قبالة صحيحة أبي بصير و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سئل
 عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي قال : ليس بشيء »^(٣) .
 و في الموثق ، عن منصور بن حازم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن رجل
 أوصى لرجل بوصية إن حدث به حدث فمات الموصى له قبل موت الموصي قال : ليس
 بشيء »^(٤) .

و نوقش في دلالتهما على بطلان الوصية باجمالهما لاحتمال أن يكون المراد أن
 موت الموصى له قبل موت الموصي ليس بشيء يوجب البطلان لا أن الوصية ليست بشيء
 يعتد بها فتكون باطلة معه .

ويمكن أن يقال : الاحتمال الأول الظاهر أنه مرجوح والحكيم إذا كان في مقام
 البيان لا يلقي الكلام على السائل و هو يريد المرجوح ، ولا يبعد حملهما على التقيّة لما
 حكى أن القول بالبطلان مذهب أكثر العامة ، وأما لولم يكن وارث سوى الامام عليه السلام
 مع غيبته فإن قلنا بلزوم القبول في الوصية فالظاهر أن يرجع الموصى به إلى ورثة الموصي
 لعدم الطريق إلى قبوله عليه السلام في زمان الغيبة وإن قلنا بعدم اعتبار القبول بل الردّ مبطل
 لها فلا وجه للبطلان و الردّ جوع إلى ورثة الموصي ، و قد يحتمل وجوب التصديق بها
 لصحيحة العباس بن العامر قال : « سألت عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها
 ولم يترك عقباً ؟ قال : اطلب له وارثاً أو مولياً فادفعها إليه ، قلت : فإن لم أعلم له مولياً ؟
 قال : اجهد على أن تقدر له على ولي فإن لم تجده وعلم الله منك الجدة فتصدق بها »^(٥) .

(١) الكافي ج ٧ ص ١٣ والفتاوى ص ٥٣٠ .

(٢) الفتاوى ص ٥٣٠ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٧ والاستبصار ج ٢ ص ١٣٨ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ١٣ .

ويشكل من جهة أن مورد السؤال قابل لأن يكون بعد قبول الموصى له ولا شبهة في حصول الملكية له في هذه الصورة ، والامام وارث من لا وارث له فلعل الأمر بالتصدق في الصحيحة من جهة بعد عدم وارث له غير الامام عليه السلام وعلى تقدير عدم وارث غيره أذن في الصدقة من ماله فالوارث الذي من شأنه القبول و الرد هو الامام عليه السلام .

و أما إذا قال : اعطوا فلاناً فحيث لا صراحة فيه في التملك وأمكن أن يكون نظر الموصى في الموصى به إلى التملك وأن يكون نظره إلى كون الفلان المعطى مختاراً في أمر الموصى به يملك أو يتصدق به أو يهب لغيره تعرض المصنف - قدس سره - لحكمه وإلا فلو كان صريحاً في تملك الموصى به لم يكن وجه لتعرضه وكان نظير أن يقال للمشتري : لك أن تصرف في الثمن تصنع ما شئت ، و يكون من قبيل توضيح الواضح .

وأما استحباب الوصية لذوي القرابة فلما رواه الكليني باسناده عن ابن أبي عمير عن إبراهيم بن عبد الحميد ، عن سائلة مولاة أبي عبد الله عليه السلام قال : « كنت عند أبي عبد الله عليه السلام حين حضرته الوفاة فأغمي عليه ، فلما أفاق قال : اعطوا الحسن بن علي ابن الحسين - وهو الأفتس - سبعين ديناراً و أعطوا فلاناً كذا و كذا وفلاناً كذا وكذا ، فقلت : أنعطى رجلاً حمل عليك بالشفرة ، فقال : ويحك أما تقرئين القرآن ؟ قلت : بلى ، قال : أما سمعت قول الله عز وجل « الذين يصلون ما أمر الله به أن يوصل و يخشون ربهم و يخافون سوء الحساب » (١) .

و روى الشيخ و الصدوق باسنادهما عن محمد بن أبي عمير مثله .

و ما رواه الشيخ باسناده ، عن السكوني ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه عليه السلام من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصية ، (٢) .

الرابع في الأوصياء ويعتبر التكليف والإسلام وفي اعتبار العدالة ترد دأشبهه أنها لا تعتبر أما لو أوصى إلى عدل ففسق بطلت وصيته ، ولا يوصى إلى المملوك إلا باذن

(١) المصدر ج ٧ ص ٥٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٢ .

مولاه ، و تصحُّ إلى الصبي منضمّاً إلى كامل لا منفرداً ، و يتصرّف الكامل حتى يبلغ الصبي ، ثمّ يشتركان وليس له نقض ما أنفذه الكامل بعد بلوغه .

الظاهر أنّ المراد الاحتراز عن وصاية الصبيّ والمجنون لعدم التكليف ، فمع قطع النظر عن التسلم عندهم يشكّل اشتراطه لأنّ ما دلّ على عدم نفوذ تصرّفات الصبيّ يكون ناظراً إلى عدم استقلاله ، و أمّا مع إذن الوليّ فلا ، فحاله حال المملوك حيث جوّزوا وصايته مع إذن سيّده ، هذا مضافاً إلى أنّ اللازم نفوذ التصرف بعد موت الموصي لانفوذ وقت الوصيّة ، فلو أوصى إلى صبيّ يبلغ بعد موت الموصي فلامجال للاستدلال فيه بعدم نفوذ تصرّفاتة و كذا المجنون بعد إفاقة ، ويمكن الاستدلال بالمنع بما ورد من جواز انضمامه مع البالغ العاقل قال عليّ بن يقطين : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى إلى امرأة وأشرك في الوصيّة معها صبيّاً ، فقال : يجوز ذلك وتمضي المرأة الوصيّة و لا تنتظر بلوغ الصبيّ ، فإذا بلغ الصبيّ فليس له ألا يرضى إلا ما كان من تبديل أو تغيير ، فإنّ له أن يردّه إلى ما أوصى به الميت » (١).

و قال الصفار : كتبت إلى أبي محمد عليه السلام « رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صغار يجوز للكبار أن ينفذوا وصيّته ويقضوا دينه لمن صحّ على الميت شهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار ؟ فوقع عليه السلام : نعم على الأكابر من الولدان أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك » (٢).

وجه الاستدلال أنّه لو جاز تصرّف الصبيّ في الرواية الأولى والأولاد الصغار في جواب الكتاب لما وقع التعبير بالانتظار والحبس فإنّ ممنوعة الصغير والصبيّ مفروغ عنها ، لكنّ المفروغ عنه التصرف بالاستقلال لا ما كان بنظر الوليّ كالمملوك ، و أمّا المجنون فمع إفاقة لمانع من وصايته كالتكاليف المتوجّهة إليه ، و لا دليل على بطلان الوصاية من جهة طرود الجنون بعد شمول الاطلاقات كما أنّه لا مانع من التمسك بها لو أوصى إلى الصبيّ ، و قلنا بعدم نفوذ تصرّفاتة قبل البلوغ لا بالاستقلال و لا بإجازة الوليّ ، والقول بنفوذ تصرّفاتة بعد البلوغ من دون انضمام الكبير حال الإيلاء .

و أما اعتبار الاسلام فالظاهر عدم الخلاف فيه في الوصاية للمسلم واستدل عليه بقصوره عن منصب الولاية على المسلم إذ المؤمنون بعضهم أولياء بعض قال الله تعالى : « لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين » وقال جل شأنه « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » ، و لولا شبهة الاجماع لأمكن الخدشة في الاستدلال بما ذكر لأننا لا نجد الفرق بين الوصاية والوكالة فلو وكل المسلم الكافر في أخذ ماله على الكافر المدين و صرفه في مصرف معين فهل يمكن منع صحة الوكالة لما في الآيات الشريفة ، فلو لم يكن في الوصاية أزيد مما ذكر كيف يمكن منعها لما ذكر فغاية الأمر منع قيمومة الكافر ، وأما الوصاية بالنسبة إلى غيرها فلا مجال للاستدلال على منعها بما ذكر ولا مجال أيضاً للاستدلال بما يذكر لاعتبار العدالة لعدم تماميته إلا أن يكون الاجماع في المسئلة .

و أما اعتبار العدالة فهو المشهور واستدل عليه بأن الفاسق لا أمانة له لوجوب التثبت عند خبره و أنه ظالم لا يركن إليه و أن الوصاية قد تكون ولاية على الطفل أو على أداء حق واجب أو نحو ذلك مما لا ينبغي فيه ائتمان غير العدل و أن الوصاية إنبات الولاية بعد الموت الذي به ترتفع ولاية الموصي و يصير التصرف متعلقاً لحق غير المستنيب من طفل أو مجنون أو فقير وغيرهم فتكون أولى باعتبار العدالة من وكيل الوكيل و وكيل الحاكم على مثل هذه المصالح ، ومن هنا كان رضا الموصي بالفاسق غير معتد به كما أن منه يعلم الفرق بين الوصاية والوكالة والاستيداع المتعلقة لحق الموكل والمودع المسلطين شرعاً على إتلاف مالهما فضلاً عن تسليط غير العدل عليه والموصي إنما يسلط على حق الغير لخروجه عن ملكه بالموت مطلقاً مع أننا نمنع عدم اشتراط العدالة في الودعي والوكيل إذا كانا على مثل ذلك .

و يمكن أن يقال : لازم ما ذكر اعتبار العدالة في الأب والجد للأب بالنسبة إلى اولادهما الصغار وأموالهم ، فنقول : لادليل على اعتبار الأمانة في الوصي وقد يكون أميناً مع فسقه ، و وجوب التثبت في خبره لا يوجب منع وصايته مع أن الفاسق إذا كان ثقة في إخباره يقبل قوله كما قرر في محله ، والنهي عن الركون إلى الذين ظلموا

لا يشمل المقام لعدم كون الايصاء إلى الفاسق ركوناً و ليس كل فاسق ظالماً بالظلم المراد من الآية الشريفة ، و نمنع كون الوصاية ولاية بالنسبة إلى ما ذكر .

و أما القيمومة فلا دليل على اعتبار العدالة فيها مطلقاً للانتقاض بولاية الأب والجد و ما ذكر من خروج المال عن ملك الموصى بموته ممنوع فانه و إن لم يعتبر للميت الملكية نحو ملكية الأحياء لكنه لا مانع من الملكية نحو ملكية الجهة لا اعتبار العقلاء كيف وإلا لزم أن لا يكون للثالث الموصى به مالك لو أوصى بصرفه في مثل الصدقات وهو كما ترى .

و أما لو أوصى إلى عدل ففسق فتارة يكون وصف العدالة مأخوذاً في الوصي كما لو قال : أعط هذا هذا الشخص العادل ففسق الشخص قبل الاعطاء فلا إشكال في خروجه عن الوصاية ، و أخرى ليس مأخوذاً فيه كما لو أوصى إلى الشخص و هو معتقد عدالته فلاوجه لخروجه عن الوصاية و لذا يقولون في صورة الاقتداء تارة يقتدي بزيد و يعتقد أن هذا المصلي زيد فبان عمراً فلا يصح الاقتداء ، و أخرى يقتدي بهذا المصلي و يعتقد أنه زيد فيصح اقتداؤه ، إنما الاشكال في أنه في الصورة الأولى ما وجه بطلان وصايته بالمرّة بحيث لو عار وصف العدالة لم يكن له التصدي لأمر الوصاية فان هذا كما لو وقف على إمام المسجد وكان شخص إماماً ثم خرج عن وصف الامامة ، ثم عاد وصف الامامة فهل يلتزم بعدم كونه موقوفاً عليه .

و أما وصاية المملوك فالظاهر عدم الخلاف في عدم جوازها في الجملة بدون إذن مولاه و استدلل عليه بمنوعية المملوك عن التصرفات بدون إذن المولى ، ويمكن أن يقال : لا دليل على الحجر بنحو يكون أقواله و أفعاله كأن لم تكن ، كيف و قد دلّ الدليل على صحة نكاحه كالعقد الفضولي المصحح بالاجازة ، بل لعله يستفاد من بعض الأخبار كفاية سكوت المولى و لا دليل على عدم جواز تصرفاته حتى الأقوال بحيث لو سأل سائل أين الطريق إلى دار زيد كان اللازم عليه الاستيذان من المولى في الهداية فلو أوصى إلى المملوك بوقف داره المكتفي فيه «وقف دار زيد» مثلاً و قلنا بعدم الحاجة في الوقف على الجهات العامة إلى أزيد من الوقف والقبض بشكل القول بالبطلان للمنوعية

المملوك و نظير هذا توكيله في إجراء صيغة النكاح أو الطلاق ، هذا مضافاً إلى أن تمكن المملوك وقت تنفيذ الوصية لا وقت الإيلاء إليه لازم ، وعلى المنع لا نجد الفرق بين إيلاء الغير إيائه و بين إيلاء السيد لأن المملوك في زمان حياة المولى لا عمل له و بعد الموت يكون ملكاً للورثة إلا أن يجعل السيد المملوك ثلثاً لنفسه بحيث لم يكن اختيار للورثة بالنسبة إليه ، وقد يتمسك لنفي القابلية بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكي في صحيح ابن الحجاج «لا وصية لمملوك» ولا يخفى أنه لاجتماع قريب بين عدم الوصية للمملوك بمعنى عدم تملكه ما أوصى له به وعدم قابليته لأن يوصى إليه بالوصية العهدية، وذلك لأن الوصية التملكية والعهدية و إن أمكن جمع بينهما إذا كانا بمعنى الوصل أو بمعنى العهد إلا أن التملكية تعدى باللام والعهدية بالي فلا مجال لكون اللام بمعناها و بمعنى إلى ، وفي بعض الأخبار المذكورة نفي ملكيته للموصى به فالقدر المتيقن عدم تملكه لو لم يعارضه ما دل على صحة تملكه ، غاية الأمر يكون محجوراً و للمولى أن يتصرف في ماله بل في بعض الموارد ، ليس للمولى أخذ ماله كما ورد فيما لو أعطاه شيئاً ليرضى عنه به من جهة إيذائه إيائه ، ثم إنه لا إشكال في جواز الإيلاء إلى المملوك مع إذن المولى لنفوذ تصرفاته مع الآن .

و أما جواز وصاية الصبي منضمّاً إلى الكبير و نفوذ تصرفاته بعد البلوغ وعدم جواز نقضه لما فعل الكبير فالدليل عليه الخبر المذكور والمكاتبة المذكورة .

﴿ ولا تصح الوصية من المسلم إلى الكافر وتصح من مثله ، وتصح الوصية إلى المرأة ، ولو أوصى إلى اثنين و أطلق أو شرط الاجتماع فليس لأحدهما الانفراد ، و لو تشاحا لم يمض إلا ما لا بد منه لمؤونة اليتيم ، و للحاكم جبرهما على الاجتماع ، فان تعذر جاز الاستبدال ، ولو التمسا القسمة لم يجز ، ولو عجز أحدهما ضم إليه . أما لو شرط لهما الانفراد تصرف كل واحد منهما ، و إن انفرد و يجوز أن يقسما ﴾ .

قد مرّ الكلام في اعتبار الإسلام في الوصي و أما صحة الوصية للكافر إلى مثله فان كان المدرك في عدم صحة وصية المسلم إلى الكافر الاجتماع فلا إشكال في المقام لعدم الاجتماع ، و إن كان المدرك غيره مما ذكر فالفرق بين المقامين مشكك ، نعم لو كان المدرك

للمنع ما ذكر من الآيات الشريفة يحصل الفرق .

وأما صحة الوصية إلى المرأة فلاطلاق أدلة الوصية وخصوص خبر علي بن يقطين

المذكور .

وأما لو أوصى إلى اثنين وأطلق أو شرط الاجتماع فلا إشكال في الصحة لاطلاق الأدلة كما لا إشكال في لزوم الاجتماع مع الشرط في نفوذ التصرفات ، وأما مع الاطلاق فالمشهور عدم النفوذ إلا مع الاجتماع أخذاً بالمتيقن واستدلاً أيضاً بظاهر الصحيح في رجل مات وأوصى إلى رجلين أيجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف؟ فوقع عليه السلام لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت ويعملان على حسب ما أمرهما إن شاء الله^(١) ، المؤيد بالرضوي « وإذا أوصى رجل إلى رجلين فليس لهما أن ينفرد كل منهما بنصف التركة ، و عليهما إنفاذ الوصية على ما أوصى الميت »^(٢) .

وبخبر الصفوان بن يحيى « سألت أبا الحسن عن رجل كان لرجل عليه مال فهلك وله وصيان فهل يجوز أن يدفع المال إلى أحد الوصيين ؟ فقال : لا يستقيم إلا أن يكون السلطان قد قسم المال ، فوضع على يدهذا النصف وعلى يدهذا النصف أو يجتمعان بأمر السلطان » بناء على أن المراد سلطان العدل ولا مجال للمناقشة في دلالة الصحيح المذكور من جهة لفظ لا ينبغي لأن مخالفة الميت لا يجوز بلا إشكال لأنه تبديل الوصية ولا ينافي الصحيح الموثق « أن رجلاً مات وأوصى إلى رجلين فقال أحدهما لصاحبه خذ نصف ما ترك وأعطني نصف ما ترك فامى عليه الآخر فسئلنا أبا عبدالله عليه السلام عن ذلك فقال ذلك له »^(٣) وجه عدم المناقاة إجمال هذا الموثق لأن التنافي في صورة رجوع الإشارة إلى القسمة والضمير المجرور إلى الطالب و يحتمل رجوع الإشارة إلى الإبقاء عن القسمة والضمير إلى المطلوب ، ويقال : هذا أولى لقرب مرجع الإشارة ، وقديماً عى أولوية العكس

(١) الفقيه ص ٥٢٨ . و التهذيب ج ٢ ص ٣٨٥ و الاستبصار ج ٢ ص ١١٨ و الكافي

ج ٧ ص ٤٦ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٧ . والاستبصار ج ٢ ص ١١٩ و الكافي ج ٧ ص ٤٧ .

لوضع ذلك، للإشارة إلى البعيد، وقد تدفع بعدم وجود الآم في نسخة الكافي نعم في نسخة الشيخ موجودة ويمكن أن يقال: يبعد جد أن يكون وجوب الاجتماع مع الإطلاق حكماً تعبدياً على خلاف قصد الموصي بل يستظهر من الصحيح المذكور أنه لا ينبغي من جهة مخالفة الميِّت، وعلى هذا فلا نجد الفرق بين الإيلاء إلى الاثنين وبين توكيل اثنين فتارة يستظهر استقلال كل واحد كما لو أوصى إلى كل واحد في مجلسين وهذا كما لو وكل أحد في بيع داره، ثم في مجلس آخر وكل غيره حيث إن الظاهر توكيل كل منهما مستقلاً فمع تصرف أحدهما لا يبقى موضوع لفعل آخر، وأخرى يستظهر اجتماعهما كما كانا حاضرين في مجلس واحد فقال افعل بعد وفاتي كذا، كما لو وكل الاثنين في مجلس واحد في بيع داره وإن كان في هذه الصورة أيضاً يحتمل أن يكون نظره إلى استقلال كل واحد فمع الشك وعدم الظهور لا بد من الاجتماع لأن التصرف في الأموال والأموال راجعة إلى الغير محتاج إلى الإجازة والقدر المتيقن صورة الاجتماع ومن الممكن أن يكون النظر في الصحيح المذكور إلى المخالفة من جهة كون الإيلاء راجعاً إلى مجموع التركة لا إلى النصف كما لو أوصى إلى رجل في جميع أموره فتجافى الوصي بالنسبة إلى بعضها فقد خالف الميِّت، وعلى هذا فلا نظر إلى الاستقلال والانضمام أما خبر صفوان المذكور ففيه الاحتمال المذكور مع أنه يشكل الأخذ بظاهره لأن السلطان المذكور في لسان الأخبار يشمل الأشخاص المنصوبين فإن كان منصوباً من قبل الجائر فحاله معلوم وإن كان منصوباً من قبل المعصوم صلوات الله عليه فمع كون التقسيم مخالفة وتديلاً للوصية كيف يقسم.

وأما صورة تشاح الوصيتين مع لزوم اجتماعهما فلم يمض فيها عمل أحدهما للزوم كون العمل بنظرهما واستثناء ما لا بد منه كمؤونة اليتيم لم يظهر وجهه بل الظاهر مراجعة الحاكم حيث أن أحد الوصيتين بدون الانضمام لا اختيار له فيرجع إلى الحاكم ويستأنذ منه وتصرف الحاكم بدون نظر أحدهما أيضاً مشكك ومع التعذر يرجع إلى عدول المؤمنين بل لا يبعد عدم لزوم الترتيب وقد سبق الكلام في هذا في بعض الكتب. وأما جبر الحاكم إياهما على التوافق فيشكل من جهة أنه إذا رأي كل منهما

المصلحة في جهة لم يكن مخالفة للآخر منكراً حتى يجب النهي عنها ، وعلى فرض النكارة النهي لا يختص بالحاكم ، وليس المقام من باب المرافعة حتى يرجع إلى الحاكم لرفع الخصومة وإن كان من هذا الباب لا يجبرهما الحاكم على الاجتماع بل يحكم بما هو رأيه ، بل يشكل الحكم برأيه لأنه ليس راجعاً إلى الشبهة الحكمية حيث يحكم الحاكم بحكمه وإن كان على خلاف ما يكون حجة بنظر المحكوم عليه ومن المحتمل سقوط الانضمام لعدم الامكان فيكون كما لو مات أحدهما فيكون كما لو تعذر حيث يجوز الاستبدال للزوم العمل بالوصية ، والألزم حينئذ الاستبدال أو يعمل بنظر الحاكم ومع التعذر عدول المؤمنين ومع التعذر فساقهم لأنه أمر لا بد منه ولا يرضى الشارع بتركه كحفظ مال اليتيم ، وعلى أي تقدير لو أرادا القسمة وتصرف كل بالاستقلال في قسم لم يجز كما دل عليه الصحيح المذكور .

و أما صورة عجز أحد الوصيين ففي المتن ضم الغير إليه ولم يظهر وجهه فان العجز تارة من جهة عدم التمكن من مباشرة العمل وأخرى من ضعف الرأي والنظر وسخافة العقل ففي الصورة الأولى ما المانع في التوكيل لأن القاعدة في باب الوكالة صحة التوكيل في كل ما لم يقيد فيه المباشرة بل الإيضاء إلى من يكون في معرض العجز أو إلى من له رفعة الشأن يقتضي عدم المباشرة إن كان العجز من الجهة الثانية فلا يبعد الرجوع إلى الحاكم لقصوره عن العمل بالوصية كما لو مات الوصي ، ولا دليل على ضم الغير لأنه بمنزلة جمل الوصي ولا دليل على صحته .

و أما صورة قصد الموصي استقلال كل منهما فلا إشكال في تصرف كل بالاستقلال إنما الإشكال في التقسيم إن كان بمعنى أنه بعد التقسيم لا يجوز لأحد منهما التصرف في ما يكون راجعاً إلى الآخر ، وإن كان بمعنى الرخصة فلا إشكال حيث لم يخالفاً نظر الموصي ولعل النظر إلى الثاني .

وهو للموصي تغيير الأوصياء ، وللموصي إليه رد الوصية ، ويصح إن بلغ الرد ، ولو مات الموصي قبل بلوغه لزم الوصية ، وإذا ظهر من الوصي خيانة استبدل به ، والوصي أمين لا يضمن إلا مع تعد أو تفريط ، ويجوز أن يستوفي دينه مما في يده

و أن يقوّم مال اليتيم على نفسه وأن يقترضه إذا كان ملياً ﴿١﴾ .

أما تغيير الأوصياء فالظاهر عدم الخلاف في جوازه للموصي لأنّ الوصية سواء كانت عقداً أو إيقاعاً بالنسبة إلى الموصي جائز ، ويدلّ على الجواز الأخبار منها ما رواه عليّ بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن ابن أبي عمير ، عن ابن بكير ، عن عبيد بن زرارة ، قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : للموصي أن يرجع في وصيته إن كان في صحة أو مرض ، (١) » .

وما روي عن بريد المجليّ ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لصاحب الوصية أن يرجع فيها ويحدث في وصيته ما دام حياً (٢) » .

و أخبار الباب وإن لم يتعرّض لتغيير الوصي إلا أنّه يستفاد منها جواز التغيير بأيّ نحو كان .

و أما الموصى إليه فله ردّ الوصية و يصحّ إن بلغ الرّدّ إلى الموصي بلا خلاف ظاهراً في الجملة ، واستدلّ عليه بما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن مسلم في الصحيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن أوصى إلى رجل وهو غائب فليس له أن يردّ وصيته ، فإن أوصى إليه وهو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل ، (٣) » .

وما رواه في الكافي والفتيه ، عن فضيل بن يسار في الصحيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردّها - الحديث ، (٤) » .

و عن منصور بن حازم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب فليس له أن يردّ عليه وصيته لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره ، (٥) » .

فنقول : مقتضى إطلاق صحيح محمد بن مسلم عدم جواز الرّدّ مع غيبته و إن بلغ

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ١٢ .

(٣) الفقيه ص ٥٢٥ والكافي ج ٧ ص ٦ والتهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٦ والفقيه ص ٥٢٥ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ . والكافي ج ٧ ص ٦ .

ردّه إلى الموصي ، وجواز الردّ مع حضوره في البلد وإن لم يبلغ الردّ إلى الموصي ، والمستفاد من ذيل الرّواية منصور أنّ المدار تمكّن الموصي من طلب الغير للوصاية . وعلى هذا فلو بلغ الردّ إلى الموصي و لم يتمكّن من طلب الغير لمفاجأة الموت قبلاً فلا أثر للردّ بل وجب القبول ، والقيام بأمر الوصاية كما أنّه لو تمكّن الموصي من طلب الغير و لو لم يكن الموصي إليه في البلد و كان غائباً و كان الموصي يشكّ في ردّ الغائب و قبوله جاز له الردّ و لو لم يبلغ الخبر إلى الموصي في حال حياته و لا يلتزم المشهور بهذا التفصيل بل لعله يستفاد من صحيح ابن يسار عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل يوصي إليه فقال : إذا بعث إليه من بلده ليس له ردّها وإن كان في مصر يوجد فيه غيره فذلك إليه ،^(١) حيث يستفاد منه أنّ المدار تمكّن الموصي من الإيضاء إلى الغير و ربما يشهد له الصحيح أو الحسن عن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يوصي إلى الرجل بوصية فأبى أن يقبلها فقال أبو عبدالله عليه السلام : لا يخذله على هذه الحال^(٢) ، حيث حمل الخبر على وجوب القبول .

وقد يقال بعدم جواز الردّ إذا كان الموصي أباً للموصي إليه لمكاتبة عليّ بن الرّيان إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل دعاه والده إلى قبول وصيته هل له أن يمتنع من قبول وصيته ؟ فوقّع عليه السلام : ليس له أن يمتنع^(٣) و مقتضى القاعدة عدم جواز الردّ في خصوصه و إن أمكن إبلاغ الردّ ، واستشكل بأنّه لا يقاوم المطلقات الدّالة تنلي جواز الردّ مع الإبلاغ ، ويمكن أن يقال : المطلقات لا تشمل هذه الصورة غاية الأمر لو لم يكن هذه المكاتبة أمكن دعوى القطع بعدم الفرق ، وأمكن الأخذ باطلاق صحيح فضيل بن يسار المذكور .

وأما صحيح محمد بن مسلم حيث قال فيه « إن أوصى إلى رجل ، وكذا خبر منصور ابن حازم حيث قال : فيه « أوصى الرجل إلى أخيه ، فلا يشملان هذه الصورة ، وثانياً

(١) تقدم عن الفقيه وغيره .

(٢) الفقيه ص ٥٢٥ ، والكافي ج ٧ ص ٦ و اللفظ له .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٧ و الفقيه ص ٥٢٥ .

نقول : مقتضى القاعدة التقييد و إن كان المقيّد واحداً إلا أن يكون المطلقات بحيث يبعد تقييدها . « و لو مات الموصي قبل بلوغ الرقّد لزمت الوصيّة » بلا خلاف ظاهراً فإن كان المدرك ماذكر من الأخبار فقد عرفت الإشكال في صورة تمكّن الموصي من الإيصاء إلى الغير بمقتضى التعليل المذكور .

وأما استبدال الوصي مع الخيانة فلا يخلو عن الإشكال لأنّ اللازم العمل بالوصيّة كما أوصى الموصي فإن كان التكليف متوجّهاً إلى خصوص الوصي فاللازم نهيه كما في سائر التكليف و النهي لا ينحصر بالحاكم بل التكليف بالنهي متوجّه إلى جميع المكلفين و إن كان العمل واجباً لا على خصوص الوصي فاللازم العمل لا عزل الوصي و جعل شخص آخر مقامه ، و يمكن استظهار بقاء وصايته من الصحيح الآتي ذكره .

وأما كون الوصي أميناً لا يضمن إلا مع التعدّي أو التفريط فالظاهر عدم الخلاف فيه ، فإن كان المدار في الأمانة الإذن الشرعيّ و المالكّي فلا إشكال لا اجتماعهما في الوصاية و إن كان المدار مراعاة مصلحة المؤمن كما في الوديعة فلا بدّ من أن يكون قبول الوصيّة لمصلحة الموصي ، وأما لو كان لمصلحة الوصي كما لو قبل الوصيّة لاستيفاء دينه أو للاستقراض إذا كان جائزاً فيشكل ، ألا ترى أن كثيراً من الفقهاء قائلون بضمان المقبوض بالسوم مع حصول الإذن من المالك ، وأما مع التعدّي والتفريط فلا إشكال في الضمان كما في سائر الأمانات . ويدلّ عليه الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام سئل « عن رجل أوصى إلى رجل وأمر أن يعتق عنه نسمة بستمئة درهم من ثلثه فانطلق الوصي فاعطى الستمئة درهم رجلاً يحجّ بها عنه فقال : أرى أن يغرم الوصي من ماله ستمئة درهم ويجعل الستمئة فيما أوصى به الميت من نسمة ^(١) » وربما كان فيه إيحاء إلى عدم انغزال الوصي مع التعدّي حيث إنّه لو كان الوصي منغزلاً لما كان جعل الستمئة فيما أوصى به الموصي مربوطاً به ، بل كان هو أجنبياً ليس له القيام بأمر الوصاية .

(١) التهذيب ج ١ ص ٣٩٦ .

و أما جواز استيفاء دينه مما في يده فنقول : إن أريد الجواز بينه وبين ربه وقد أوصى الموصى بتأدية ديونه ، فلا إشكال فيه ، وأما لو أريد الجواز بمعنى أنه ليس حال هذا الدائن الوصي حال غير الوصي الذي يدعى الدائن على الميِّت حيث إنه لا بد له من إقامة البيّنة والحلف فلا بد من قيام الدليل عليه ، وتخصيص الدليل الدال على لزوم إقامة البيّنة على المدعى والحلف ، و طرف الدّعى في هذا المقام الورثة و غاية ما يقرب لعدم الحاجة إلى البيّنة واليمين و بعبارة أخرى عدم الحاجة إلى الحجّة أن الحجّة لا حتمال الكذب بالنسبة إلى المدعى ، المفروض عدمه كما أن المفروض وصايته على الوفاء على وجه له التخيير في جهات القضاء فلم يكن إشكال في استيفائه ضرورة أولويته مما حكى الاتفاق عليه من جواز إيفائه ما يعلمه من دين الاجنبي كذلك ولا يشكل بالأصل وموثقة بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام قلت له : « إن رجلاً أوصى إليّ فسألته أن يشرك معي ذاقرة له ففعل وذكر الذي أوصى إليّ » أن له قبل الذي أشركه في الوصية خمسين و مائة درهم و عنده رهن بها جام من فضة ، فلما هلك الرجل أنشأ الوصي يدعى أن له قبله أكرار حنطة ؟ قال : إن أقام البيّنة و إلا فلا شيء له ، قال : قلت له : أيحل له أن يأخذ مما في يده شيئاً ؟ قال : لا يحل له ، قلت : أرايت لو أن رجلاً عدى عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ أكان ذلك له ؟ قال : إن هذا ليس مثل هذا ، ^(١) لانقطاع الأصل بما عرفت وخروج الموثق عن الغرض باعتبار الاشتراك في الوصية على وجه ليس لأحدهما الاستقلال بالتصرف من دون إذن الآخر الذي ليس له إجازة هذا الأخذ من دون إثبات مع أنه لم يعلم الوصاية فيه على وفاء الدّين .

ويمكن أن يقال : تارة أوصى الموصى إلى أحد تصرف في ثلث مالي مثلاً وأدّ ديوني منه و إذا زاد الثلث اصرفه في مصرف كذا مثلاً بحيث لا ربط لهذا الثلث بالورثة سواء كان دين على الميِّت أو لم يكن فلا إشكال في التقريب المذكور ، و تارة أخرى يوصى له بأداء دينه و ما زاد يرجع إلى الورثة ففي هذه الصورة للورثة إنكار الدّين الذي لم

(١) الكافي ج ٢ ص ٥٧ و الفقيه ص ٥٣٩ .

يعلم ثبوته لغير الوصي لأنه بزيادة الدين و نقصانه يتحقق الزيادة و النقصان في الإرث و لعلّ جهة الفرق المذكور في الخبر ليس منحصراً فيما ذكر من الاشتراك في الوصاية بل كان هذه الجهة أيضاً فارقة ، نعم قد يرتفع المنع من الجهتين كما لو كان الشريك في الوصاية عالماً بثبوت الدين أو كان الوصي الواحد بدون الشريك في الوصاية قيماً على الورثة الصغار ، و الظاهر أن مورد الموثقة غير ما ذكر ، و أمّا جواز تقويم الوصي مال اليتيم على نفسه و اقتراضه مع كونه ملياً فقد يقرّب جواز التقويم و الاشتراء لنفسه بأنه وليّ على المال الذي يريد شراءه بالوصاية و لآمانع إلا من جهة اتحاد الموجب و القابل و لا إشكال من هذه الجهة لكفاية المغايرة الاعتبارية كما في تزويج الجدّ للأب بنت ابنه لابن الابن الآخر مضافاً إلى إمكان التوكيل وإلى الخبر المنجبر قصوره بعمل الأكثر وفيه « هل للوصي أن يشتري مال الميّت إذا بيع فيمن زاد يزيد و يأخذ لنفسه ؟ فقال : يجوز إذا اشترى صحيحاً ^(١) » .

و يمكن أن يقال إن تمّ الخبر من جهة السند باعتماد الأكثر و العمل به فلا إشكال في خصوص شراء مال الميّت ، و كلامنا في مال اليتيم إلا أن يدعى القطع بعدم الفرق و مع قطع النظر عن الخبر لعلّ المقام نظير التوكيل في بيع داره أو صرف ماله في الفقراء مثلاً مع كونه من الفقراء هل يشمل الإطلاق البيع من نفسه أعني الوكيل أو صرف المال في نفسه أو ينصرف إلى الغير إلا أن ينصّ بالتعميم ، و لعلّ الفرق بين المقام و الوكالة بافتراق الولاية عن الوكالة لا يوجب الفرق لأنّ الولاية محدودة بالحدّ الذي عين الموصي ، نعم لو كان الوصي منصوباً من قبل الموصي في ما يرى فيه المصلحة بالنسبة إلى اليتيم و في التقويم مصلحة له فلا مانع من التقويم و بيع ماله من نفسه ، و ممّا ذكر ظهر حال الاقتراض و أنّه لآمانع منه إذا كان حاله حال التقويم ويكون مشمولاً للآية الشريفة « و لا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالتي هي أحسن » .

﴿ و تختصّ ولاية الوصي بما عين له الموصي عموماً كان أو خصوصاً ، و يأخذ الوصي أجره المثل ، و قيل : قدر الكفاية ، هذا مع الحاجة و إذا أذن له في الوصية

جاز ، و لو لم يؤذن فقولان أشبههما أنه لا يصح ، و من لا وصي له فالحاكم وصي تركته .

أما اختصاص الولاية بماعين الموصي فوجهه واضح لأن اختياره تحقق بالوصاية ولا معنى لتحقيق الاختيار بالنسبة إلى غير ما عين كالوكيل مضافاً إلى قوله تعالى : « فمن بدّله بعد ما سمعه - الآية » في بعض الصور .

و أما جواز أخذ أجرة المثل أو قدر الكفاية أو أقلّ الأمرين فقد وقع الخلاف فيه و اللازم ذكر الأخبار الواردة في المقام فمنها صحيح هشام بن الحكم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن من تولى مال اليتيم ماله أن يأكل منه ؟ قال : ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم فليأكل بقدر ذلك ^(١) » .

و منها موثق سماعة في تفسير الآية الشريفة « فليأكل بالمعروف » عن أبي عبدالله عليه السلام : « من كان يلي شيئاً لليتامى و هو محتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم و يقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر و لا يسرف ، فان كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج نفسه فلا يرزأن من أموالهم شيئاً » ^(٢) .

و منها صحيح عبدالله بن سنان عنه عليه السلام أيضاً « أنه سئل و أنا حاضر عن القيم لليتامى و الشراء و البيع في ما يصلحهم أله أن يأكل من أموالهم ؟ فقال : لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف كما قال الله عز وجل : « فليأكل بالمعروف » و هو القوت » ^(٣) .

و منها خبر أبي الصباح عنه عليه السلام أيضاً فيها « فان ذلك الرّجل يحبس نفسه عن المعيشة فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم فان كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً » ^(٤) . ونحوه خبر سماعة و خبر أبي أسامة المرويتان عن تفسير العياشي

(١) الوسائل ج ٥ ص ٥٥٨ كتاب التجارة أبواب ما يكتسب به ب ١٠١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٢٩ . و في القاموس : رزأ ماله أصاب منه شيئاً .

(٣) و (٤) الوسائل ص ٥٥٨ تحت رقم ٣٠١ .

عنه ^(١) عَلَيْهِ السَّلَامُ أَيْضاً .

و منها خبر أبي بصير عنه عَلَيْهِ السَّلَامُ أَيْضاً المروي في التفسير المزبور فيها « قال : هذا رجلٌ يحبس نفسه لليتيم على حرث أو ماشية ، و يشغل فيها نفسه فليأكل منه بالمعروف و ليس له ذلك في الدنانير و الدراهم التي عنده موضوعه » ^(٢) .

ثم إنه قد يقال بجواز أخذ أجرة المثل من غير فرق بين الغني و الفقير و بين الوصي و الحاكم و أمينه و عدول المؤمنين ما لم يوجد المتبرع الجامع للشرائط لأنه المعروف و لعله إلى ذلك أو ما صحيح هشام المذكور ، و يمكن أن يقال : أما التقييد بعدم وجود من يتبرع فيشكل لاطلاق قوله تعالى : « فليأكل بالمعروف » أما الأخذ باطلاق قوله تعالى و الصحيح المذكور مضافاً إلى قاعدة احترام عمل المسلم فقد يخالفه ما في موثقة السماعه من التقييد باحتياج من يلي الأمر و فقدانه لما يقيمه ، و ما في خبر أبي الصباح المذكور « فان كان قليلاً فلا يأكل منه شيئاً » وكذا خبر سماعه و خبر أبي بصير كما أن القاعدة تنافي ظاهر الآية الشريفة حيث يظهر منها وجوب الاستعفاف مع الغني ، ولا يبعد أن يكون الأكل مع قلة المال أو الغني مكروهاً لباء قاعدة الاحترام عن التخصيص و أقوائية ظهور ما في الاخبار من التعليل لكن بشرط أن يكون له عمل له قيمة و لعل ما في ذيل موثقة سماعه من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكي « و إن كان - الخ » ناظر إلى هذه الجهة و لا يخفى أن وجوب التصدي لأموال اليتيم من جهة وجوب تنفيذ الوصية لا ينافي جواز الأكل بالمعروف لأن الواجب الجامع بين ما يؤخذ من جهة الأجرة و ما لا يؤخذ ، فظهر مما ذكر أن المجوز أجرة المثل من غير فرق بين كون المتولي محتاجاً أو غير محتاج .

و أما لو أذن الموصي للموصي أن يوصي فالظاهر عدم الخلاف في أن الوصي أن يوصي فإذا قال الموصي للموصي أوص عند وفاتك للغير فالظاهر لزوم الإيصاء على الوصي للزوم تنفيذ الوصية ففي التعبير بالجواز مسامحة إلا أن يكون المراد أنه جعل

(١) التفسير ج ١ ص ٢٢١ .

(٢) المصدر ج ١ ص ٢٢٢ .

الوصي مختاراً في الإيلاء إلى الغير فله ترك الإيلاء وقد يستدل على صحة الإيلاء بقوله تعالى « فمن بدّله بعد ما سمعه - الآية » و يشكل من جهة عدم صدق التبديل على ترك أمر أوصى به بل ظاهر التبديل غير ذلك فالأولى الاستدلال له بأنه مما أوصى به وإن أمكن الأشكال بأنّ ما دلّ على جواز الوصية و لزوم تنفيذها لا يدلّ على مشروعيتها كلّ ما يوصى به إلّا ما خرج .

إلا أنّه ربما يظهر من بعض الأخبار استفادة المشروعية من قوله تعالى « فمن بدّله بعد ما سمعه - الآية » ومكاتبة الصفار في الصحيح إلى أبي محمد عليه السلام « رجل كان وصي رجل فمات فأوصى إلى رجل آخر هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيه ؟ فكتب عليه السلام : يلزمه بحقه إن كان له قبله حقّ إن شاء الله ، ^(١) و « الحق » في الجواب فسر بحقّ الإيمان على معنى أنّه يلزمه الوفاء بحقه إن كان مؤمناً فانّ الله قد عقد الأخوة بين المؤمنين وهو مقتضى إعانة المؤمن وقضاء حوائجه فضلاً عن إنفاذ وصيته ، ويحتمل أن يكون المراد حقّ الوصية إلى الوصي الأوّل بمعنى أنّ الوصية تلزم الوصي الثاني بحقّ الأوّل إن كان للأوّل قبله يعني قبل الوصي الأوّل حقّ بأن يكون قد أوصى إليه و أذن له أن يوصي فقد صار له قبله حقّ الوصية فانّ أوصى بها لزمت الثاني ، و على كلا الاحتمالين يصحّ مع الاذن إيلاء الوصي إلى وصي آخر و أمّا مع عدم الاذن فالأكثر على المنع لعدم ثبوت ولاية له بعد الموت على ذلك بل قيل : إنّ المتبادر من استنابته مباشرته بنفسه أو بوكيله دون الإيلاء إلى الغير المشتمل على الولاية بعد موته الذي يكفي في عدم جوازه عدم ثبوت الاذن من الموصي الأوّل خلافاً للشيخ وابني الجنيّد والبرّاج فجوزوا الإيلاء إليه له لأنّ الاستنابة من جملة التصرفات التي يملكها حيّاً بالعموم كما يملكها بالخصوص ، ولأنّ الموصي أقامه مقام نفسه فيثبت له من الولاية ما يثبت له ، و لمكاتبة الصفار المذكورة ، و يشكل بمنع كون الاستنابة من جملة التصرفات التي يملكها حيّاً بالعموم و منع إقامة الموصي إياه مقامه في كلّ

(١) التهذيب ج ٢ ص ٥٩٣ . و النقيض ص ٥٣٦ .

ما يثبت له ، و أمّا المكتوبة فهي مجملة فمع أرجحية الاحتمال الغير المناسب للمقام أو التساوي لا مجال للاستدلال بها .

ويمكن أن يقال : ان استفدنا من بعض الأخبار أنه مع الشك في مشروعية وصية يجوز التمسك بقوله تعالى « فمن بدّله بعد ما سمعه - الآية » لمشروعيتها فما المانع من التمسك به في المقام و لذا قد يستدل على صحة الإيصاء للوصي مع إذن الموصي الأوّل بها فلاحظ ما رواه الكليني - قدّس سرّه - عن عليّ بن إبراهيم ، عن أبيه عن الرّيثان بن شبيب قال : « أوصت ماردة لقوم نصارى فرأيتهم بوصية ، فقال أصحابنا اقسم هذا في فقراء المؤمنين من أصحابك . فسألت الرضا عليه السلام فقلت : إن أختي أوصت بوصية لقوم نصارى و أردت أن أصرف ذلك إلى قوم من أصحابنا مسلمين ، فقال : امض الوصية على ما أوصت به قال الله تعالى « فأنما إثمهم على الذين يبدّلونه » (١) .

و المنقول من كتاب الحسين بن سعيد بسنده إلى محمد بن مسلم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله ؟ قال : أعطه لمن أوصى له و إن كان يهودياً أو نصرانياً إن الله تعالى يقول : « فمن بدّله بعد ما سمعه فأنما إثمهم على الذين يبدّلونه » (٢) .

و عن الحسين بن سعيد في حديث آخر عن الصادق عليه السلام قال : « قال : لو أن رجلاً أوصى إلى أن أضع في يهودي أو نصراني لوضعت فيهم ، إن الله يقول : « فمن بدّله بعد ما سمعه - الآية » (٣) .

فنقول : الظاهر في الرواية الأولى أن السائل كان شاكاً في صحة الوصية بالنحو المذكور فبين الإمام على المحكي صحته و ذكر قوله تعالى استشهداً ، و كذا استفاد من الخبرين الآخرين ، فمع هذا لو أوصى الوصي إلى شخص آخر بدون إذن الموصي الأوّل فما المنافع من التمسك بقوله تعالى « فمن بدّله بعد ما سمعه - الآية »

(١) المصدر ج ٧ ص ١٦ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٧ ص ١٤ و ١٥ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩٠ و الفقيه

لنفوذ وصيته ، و لعلك تقول : يستفاد من بعض الأخبار تخصيص قول الله تعالى « فمن بدّله بعد ما سمعه » بقوله عزّ وجلّ : « فمن خاف من موص جنفاً أو إثمياً فأصلح بينهم فلا إثم عليه » فلاحظ ما رواه محمد بن يعقوب - قدس سرّه - بإسناده عن محمد بن سوفة قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله تبارك وتعالى « فمن بدّله بعد ما سمعه فانما إثم على الذين بدّلوته » قال : نسختها الآية التي بعدها قوله عزّ وجلّ : « فمن خاف من موص جنفاً أو إثمياً فأصلح بينهم فلا إثم عليه » قال : يعني الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصى فيما أوصى به إليه مما لا يرضى الله عزّ ذكره من خلاف الحقّ « فلا إثم عليه » أي على الموصى إليه أن يردّه إلى الحقّ وإلى ما يرضى الله عزّ وجلّ فيه من سبيل الخير ، (١) .

و الظاهر أنّ المراد من النسخ التخصيص فبعد التخصيص يشكّ في المقام أنّه داخل في العامّ أو في المخصّص لكنّه على مسلك من يتمسك في أمثال المقام - كالشكّ في مخالفة الشرط للكتاب أو السنّة - بالاستصحاب يتمسك في المقام أيضاً ، وعلى الاشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة يشكّل ، لا يقال : إذا لم يكن جنفاً ولا إثمياً ، من جهة أنّ الاثم منوط بالبيان و مع عدم البيان لا إثم فيبقى تحت العامّ لأنّه يقال : فسرّ كلام الله بما لا يرضى به الله عزّ وجلّ فمع الشكّ في أنّه ممّا لا يرضى الله به كيف يتمسك بالعامّ إلّا أن يقال : الظاهر أن يكون المراد كون الموصى به لا يرضى الله به و في المقام ليس الموصى به كذلك و لذا يقال : يقوم بأمر الوصاية الحاكم أو عدول المؤمنين فتأمل فمقتضى الاحتياط أن يقوم بأمر الوصاية الوصي الثاني الموصى إليه بغير إذن الموصى الأوّل بإذن الحاكم و عدول المؤمنين .

و أمّا كون الحاكم وصي من لا وصي له في تركته ففي صورة الحاجة كما لو كان للميت أطفال صغار أو مجانين الظاهر عدم الخلاف في أنّ النظر للحاكم الشرعيّ و وقع الخلاف لو لم يكن ثمة حاكم فهل لعدول المؤمنين توكّل ذلك أم لا ؟ فالأكثر على الأوّل و قال ابن إدريس بالثاني ، و يمكن أن يقال : إن كان النظر في صورة التمكّن من

المراجعة إلى الحاكم في لزوم الرجوع إليه بالخصوص من جهة الولاية العامة فمع التأمل في ثبوتها له لا نسلم تعيين الرجوع إليه نعم مع الشك في تعيينه في الوصية أو التخيير بينه وبين عدول المؤمنين يكون هو المتيقن واللازم ذكر الأخبار الواردة في المقام .

فمنها ما رواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال :
« مات رجل من أصحابنا و لم يوص فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصير عبد الحميد ابن سالم القيم بماله وكان الرجل خلف ورثة صفاراً ومتاعاً وجواري فباع عبد الحميد المتاع ، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيعهن إذ لم يكن الميِّت صير إليه وصيته و كان قيامد بهذا بأمر القاضي لا نهن فزوج قال : فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام فقلت له : يموت رجل من أصحابنا و لم يوص إلى أحد ويخلف الجواري فيقيم القاضي رجل منّا لبيعهن أو قال : يقوم رجل منّا فيضعف قلبه لا نهن فزوج ، فما ترى في ذلك القيم ؟ قال : فقال : إذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس ^(١) »

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة - قدّست أسرارهم - عن علي بن رثاب في الصحيح في بعض طرقه قال : « سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بيني وبينه قرابة مات و ترك أولاداً صفاراً وترك ممالك و غلمان وجواري و لم يوص فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية يتخذها أم ولد وما ترى في بيعهن ؟ قال : فقال : إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم كان ما جوراً فيهم ، قلت : فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد ؟ قال : لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم الناظر لهم فيما يصلحهم ، وليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم و الناظر فيما يصلحهم ^(٢) » .

و ما رواه في الكافي و التهذيب عن إسماعيل بن سعد الأشعري في الصحيح قال :
« سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية و ترك أولاداً ذكراً و غلماناً صفاراً و ترك جواري و ممالك هل يستقيم أن تباع الجواري ؟ قال : نعم . و عن الرجل يصحب

(١) التهذيب أبواب الزيادات الحديث الخامسة و العشرون .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٦٧ والفتاوى ص ٥٣٣ و التهذيب ج ٢ ص ٤٠٠ .

الرجل في سفره فيحدث به حدث الموت ولا يدرك الوصية كيف يصنع بمتاعه وله أولاد صفار أو كبار أيجوز أن يدفع متاعه ودوابه إلى ولده الأكبر أو إلى القاضي ، فإن كان في بلدة ليس فيها قاض كيف يصنع ؟ وإن كان دفع المال إلى ولده الأكبر ولم يعلم به فذهب ولم يقدر على ردّه كيف يصنع ؟ قال : إذا أدرك الصفار وطلبوا فلم يجددوا من إخراجهم إلا أن يكون بأمر السلطان . وعن الرجل يموت بغير وصيته وله ورثة صفار وكبار أيحلّ شراء خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضي بيع ذلك ، فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا ؟ فقال : إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس به إذا رضى الورثة بالبيع ، وقام عدل في ذلك ، (١) .

وما رواه المشايخ الثلاثة عن سماعة في الموثق قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يملك وله بنون وبنات صفار وكبار من غير وصية وله خدم وممالك وعقد (٢) كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث ؟ قال : إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس ، (٣) .

فنقول : لا مجال لحمل ما في هذه الأخبار على الإذن الحاصل من الإمام عليه الصلاة والسلام في الموارد الخاصة لأنه كثيراً ما سأل السائل من دون نظر إلى واقعة خاصة بل نظره إلى فرض الصورة ، فالجواب يشمل صورتين وعلى فرض كونه إذناً من باب الولاية يكون شاملاً للصور المفروضة ، بل الظاهر أنه لبيان الحكم الشرعي واستفاد من بعضها جواز التصدي للعدل وللثقة من بعض الآخر فلا يبقى الإشكال في صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع من جهة عدم معلومية المماثلة من جهة الأهلية للحكومة الشرعية أو العدالة أو الوثاقة ، فاللزام تحقيق أحد الوصفين من العدالة والوثاقة ، والوثاقة إن كان المراد منها الوثاقة في الدين تكون ملازمة للعدالة وعلى هذا فالرجوع

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٦ و التهذيب ج ٢ ص ٢٠٠ .

(٢) المقد بمعنى الضيعة .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٦٦ و التهذيب ج ٢ ص ٢٠٠ والفتاوى ص ٥٣٣ .

إلى عدول المؤمنين ليس متأخراً عن الرجوع إلى الحاكم الشرعي لكنه مخالف للمشهور ، ثم إنه قد يلزم القيام بأمر ولا طريق إلى الحاكم ولا إلى العدول كحفظ اليتيم والمجنون والمريض القاصرين مع توقف حفظهم على التصرف في أموالهم فلا إشكال في جواز تصرف غيرهم .

الخامس في الموصى به وفيه أطراف : الأول في متعلق الوصية و يعتبر فيه الملك فلا تصح بالخمير ولا بآلات اللهو ، ويوصى بالثلث فماتقص ، ولو أوصى بزيادة عن الثلث صح في الثلث وبطل الزائد ، فإن أجاز الورثة بعد الوفاة صح وإن أجاز بعض صح في حصته ، وإن أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان ، المروي لزوم . ويملك الموصى به بعد الموت .

المعروف في كلماتهم اعتبار الملكية فإن كان المراد الملكية الفعلية فيشكل من جهة صحة الوصية بشرة البستان مع أنها ليست بملك قبل تحققها وصحة الوصية بالثلث مع كون الثلث الموجود زمان الموت لا الموجود حال الوصية وإن كان المراد ما يقبل الملكية ولو بعد حين فلا إشكال لكنه لا يناسب الاستدلال بكون الوصية من العقود المملكة فإن ما يملكه العاقد بعد حين لا يقع متعلق العقد ، مضافاً إلى منع كون الوصية التمليلية عقداً لمنع الحاجة إلى القبول ، فالمعتبر كون الموصى به قابلاً للنقل إلى الغير ولو بعد حين عيناً كان أو منفعة أَوْحَقاً ، ووجهه أنه لو لم يكن كذلك لما صح تملكه للموصى له .

وأما اعتبار عدم كونه زائداً عن الثلث في نفونه بلا حاجة إلى إمضاء الورثة فيدل عليه أخبار كثيرة منها ما رواه في التهذيب عن علي بن عتبة ، عن أبي عبد الله عليه السلام « عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء ؟ قال : لا يعتق منه إلا ثلثه ، وسائر ذلك الورثة أحق بذلك ولهم ما بقي » (١) . وهذا الخبر وإن لم يكن راجعاً إلى الوصية لكنه يستفاد من ذيله أحقية

الورثة بالنسبة إلى ما سوى الثلث و كون ما بقي لهم ، فلا تجتمع مع نفوذ الوصية فيما زاد .

و منها ما عن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام ، في رجل أوصى بأكثر من الثلث و أعتق مملوكه في مرضه ؟ فقال : إن كان أكثر من الثلث ردَّ إلى الثلث و جاز العتق ، ^(١) .

وما عن السكوني ، عن جعفر ، عن أبيه عليه السلام ، عن علي عليه السلام قال : « إن رجلاً أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره ؟ قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول : يستسعى في ثلثي قيمته للورثة ، ^(٢) .

و دلالة هذا الخبر مبنية على اتحاد منجزات المريض مع معلقاته في الحكم ، ويمكن أن يقال : مع ثبوت الحكم في المنجز فالمعلق أولى ، وفيه تأمل .

و عن الحسين بن محمد الرّازي قال : كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام « الرّجل يموت فيوصي بماله كله في أبواب البرّ و بأكثر من الثلث ، هل يجوز ذلك له و كيف يصنع الوصي ؟ فكتب عليه السلام : تجاز وصيته ما لم يتعدّ الثلث ، ^(٣) إلى غير ما ذكر من الأخبار ، و حكى عن علي بن بابويه جواز الوصية بأكثر من الثلث حتى الجميع ، و احتجّ في ذلك برواية عمار الساباطي ، عن الصادق عليه السلام قال : « الرّجل أحقّ بماله مادام فيه الرّوح إن أوصى به كله فهو جائز له ، ^(٤) و أوجب بضعف الرّواية و معارضة الرّوايات الكثيرة لها و إمكان حملها على ما لا يخالف تلك الأخبار فإنّ الانسان أحقّ بماله مادام فيه الرّوح فإن أوصى بجميع ماله يراعى فإن أجاز الورثة تكون الوصية نافذة و مع عدم الامضاء تردّ إلى الثلث .

و أمّا الجواز مع إمضاء الورثة فيدلّ عليه ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٤ . والكافي ج ٧ ص ١٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣١٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٨ .

(٤) الفقيه ص ٥٢٧ .

عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل أوصى بوصية و ورثته شهود فأجازوا ذلك فلمّا مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردّوا ما أقرّوا به ؟ قال : ليس لهم ذلك ، الوصية جائزة عليهم إذا أقرّوا بها في حياته » ^(١) .

وهذه الرواية لا ذكر فيها للزيادة على الثلث إلاّ أنّه لما كان النفوذ بملاحظة إقرارهم السابق تكون محمولة على صورة الزيادة على الثلث فإنّ الوصية بالثلث فما نقص لا تحتاج إلى إجازتهم . وما رواه الشيخ عن ابن رباط عن منصور بن حازم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث و ورثته شهود فأجازوا ذلك له ، قال : جائز » . وقال ابن رباط : وهذا عندي على أنّهم رضوا بذلك في حياته وأقرّوا به ^(٢) .

و روى المشايخ الثلاثة ^(٣) في الصحيح عن منصور بن حازم مثل ما عن محمد بن مسلم في الصحيح المذكور ، ولو أجاز بعض الورثة فالمعروف أنّ الوصية نافذة في الزيادة على الثلث بمقدار حصّة المجيز في الزيادة فالمقام كالعقد الفضولي الواقع على المال المشترك مع إجازة بعض الشركاء دون بعض آخر ، ويمكن أن يقال : إذا كانت الإجازة بعد موت الموصي فلا إشكال و أمّا الإجازة في حياة الموصي وموته بعد مدّة فلا يخلو عن الاشكال من جهة أنّ المعروف اعتبار الثلث حال الموت لا حال الوصية ، فربما يملك الموصي أموالاً في خلال المدّة الواسطة بين الوصية والموت فحال الوصية والإجازة من الوارث لا تملك بالنسبة إلى تلك الأموال لا للموصي ولا للورثة ، فكيف يتصور سهم للوارث حتّى يقال : إجازة بعض الورثة نافذة بالنسبة إلى سهمه ، غاية الأمر دلّ الدليل على أنّه لو أوصى الموصي بالوصية التملّكية بمثل تلك الأموال و أجاز الورثة الوصية نفذت الوصية بالنسبة إلى الموصي به الزائد على الثلث ومع عدم الإجازة لا تنفذ إلّا مقدار الثلث فالتملّك من الموصي

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٧ . و الفقيه ص ٥٢٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٧

(٣) الوسائل ج ٢ ص ٦٦٤ أبواب أحكام الوصايا باب ١٣ .

تنزيل لي ولولا التنزيل لم تعتبر العقلاء تمليك مالم يملك المملك بعد فاجازة جميع الورثة نافذة بحسب الاخبار واما اجازة البعض ونفونها بالنسبة إلى ما يتصور سهما له لا يشملها الاخبار ، واما حصول الملك للموصى له بعد الموت فلا إشكال فيه لأن المال الموصى به قبل موت الموصى ملك له وباختياره له ، أن يتصرف فيه كيف شاء .

﴿وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الأصغر ، ولو أوصى بواجب وغيره أخرج الواجب من الأصل والباقي من الثلث ، ولو حصل الجميع بالثلث بديء بالواجب ، ولو أوصى بأشياء تطوعاً فاندثبه بديء بالأوّل فالأوّل حتى يستوفى الثلث وبطل ما زاد ، وإن جمع أخرجت من الثلث ووزع النقص ، وإذا أوصى بعق ممالكه دخل في ذلك المنفرز والمشارك﴾ .

أما صحة الوصية بالمضاربة بمال ولده الصغار فيدل عليها ما رواه في الكافي ، عن محمد بن مسلم في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام : أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال بأن يكون بينه وبينهم ، فقال : لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي^(١) .

و عن خالد بن بكر الطويل قال : «دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال : يا بني أقبض مال إخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح وأعطهم النصف وليس عليك ضمان فقد متني أم ولد لأبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى فقالت له : إن هذا يأكل أموال ولدي ، قال : فقصت عليه ما أمرني به أبي ، فقال ابن أبي ليلى : إن كان أبوك أمرك بالبطل لم أجزه ، ثم أشهد عليّ ابن أبي ليلى إن أنا حركته فأنا له ضامن ، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقصت عليه قصتي ، ثم قلت ما ترى ؟ فقال : أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع رده ، وأما في ما بينك وبين الله عز وجل فليس عليك ضمان» .^(٢)

ويمكن أن يقال : يستفاد من الروايتين جواز المضاربة بغير الذّهب والفضة وهو خلاف المشهور ، ويمكن المناقشة في دلالة الرواية الأولى من جهة أنه علل عدم

البأس بإذن الأب و هوحي ، و هذا التعبير أنسب بالولاية الشرعية بالنسبة إلى الصغير فكأنه أوصى و أذن في المضاربة بمال الصغير وربما يظهر منه أن الإذن في ماله الفعلي قبل موت الأب لا الوصية بالمضاربة بما يصير مالا له بعد الموت ، و نوقش في سند الرواية الثانية من جهة أن خالد بن بكير المذكور مجهول الحال و دفعت المناقشة في السند بأن في السند ابن أبي عمير و هو ممن أجمع على تصحيح ما يصح عنه فلا يضر جهالة من بعده ، ثم إنه حكى عن جماعة صحة الوصية بالمضاربة من غير فرق بين مال الصغير والكبار و بين أن يكون الرّبع المجهول للعامل بقدر أجرة المثل أو أزيد بقدر الثلث أو أزيد ، و وجهه باطلاق مادل على تنفيذ الوصية المقيّد بالثلث إذا كانت مفوتة للمال على الوارث أو بالأعم من ذلك و مما فيه ضرر عليه أمّا إذا لم يكن كذلك بل كانت الوصية تصرّفاً في المال على وجه لا تفويت فيه للمال على الوارث ولا ضرر فيه عليه فليس في الأدلة ما يدل على تخصيص العمومات المعتمدة بظاهر قوله تعالى « فمن بدّله بعدما سمعه » و عموم تسلط الناس و معلومية كون الوصية بعد الموت كالتنجيز في حال المرض بالنسبة إلى الممنوع منها و الجائز ، بل الدليل فيهما متحد ولا ريب في صحة المضاربة بأزيد من الثلث في حال المرض و لو بحصة قليلة من الرّبع كما لا ريب في صحة بيع التركة بثلث المثل حال المرض .

ويمكن أن يقال : أمّا الخبران فلا إطلاق فيهما بالنسبة إلى أموال الكبار فإن رواية محمد بن مسلم السؤال فيها عن رجل أوصى إلى رجل بولده و هذا التعبير مناسب لجعله قيماً على الصغير ، ثم التعليل بالإذن لا يناسب بالنسبة إلى الكبار ، و أمّا الرواية الثانية فمورد السؤال فيها الصغير ، و أمّا بالنظر إلى عمومات الوصية فمع تخصيصها بكون الموصى به ممّا يرضى به الله يشكّل التمسك بها فإن منع المالك عن التصرف في ملكه و تضرّر المالك كيف يجوز أن ، و فرق واضح بين الوصية بالثلث بأن يصرف في الأمور الواجبة المربوطة بالموصى وفي المستحبات المربوطة به و بين المداخلة في أموال الغير بنحو يكون ممنوعاً من التصرفات أو يكون متضرراً حيث إن المضاربة وإن كانت من العقود الجائزة لكن لازم صحة الوصية بها لزومها و تصرف الولي في مال المولى عليه منوط بالمصلحة

أولاً أقلّ من عدم المفسدة فإنّ الله لا يحبّ الفساد ، ووجه ذلك أنّ الأوّل ليس تصرفاً في مال الغير حيث إنّ الإرث بعد الوسيّة بخلاف الثاني ، غاية ما في الباب في خصوص مال الصغار بمقتضى الرّوايتين مع تماميّة دلالتهما نقول بصحة الوسيّة و إطلاقهما لصورة كون الرّبح المجموع للعامل أكثر من أجرة المثل معارض بمادلّ على عدم جواز مافيه الفساد ، وفي هذه الصورة أعني الوصاية بالمضاربة بمال الصغير ليس مخالفة لقاعدة السلطنة لأنّ الصغير محجور و الولاية للأب والجدّ ، و لم يظهر لما ذكر من عموم تسلّط الناس وجه لتصحيح ما ذكر في المقام فإنّ الموصي في حال حياته غير حال مرض الموت مسلّط على أمواله يتصرّف كيف شاء وفي مرض الموت كذلك إن قلنا بأنّ المنجزات يخرج من الأصل و إن قلنا بخروجها من الثلث فحالها حال الوسيّة، لكن لاسلطنة على مال الغير و في المقام يراد إثباتها على مال الغير أعني الورثة الكبار .

ولو أوصى بواجب و غيره يجب خروج الواجب المالي سواء كان مشوباً بالبدني كالحجّ أو لم يكن مشوباً كالزّكاة والكفّارات من أصل المال أوصى به أو لم يوص بلاخلاف ظاهراً والأخبار بوجوب إخراج الواجب المالي من الأصل متكاثرة ذكرت في كتاب الحجّ والزّكاة والخمس وكتاب الديون .

فمنها ما رواه الشيخ بإسناده ، عن موسى بن القاسم ، عن صفوان ، عن معاوية ابن عمّار قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات فأوصى أن يحجّ عنه قال : إن كان ضرورة فمن جميع المال وإن كان تطوعاً فمن ثلثه^(١) .

و منها ما روى محمد بن يعقوب ، عن عليّ بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن ابن أبي عمير ، عن معاوية بن عمّار ، عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل توفي و أوصى أن يحجّ عنه قال : إن كان ضرورة فمن جميع المال إنّه بمنزلة الدّين الواجب وإن كان قد حجّ فمن ثلثه ، و من مات ولم يحجّ حجة الاسلام ولم يترك إلّا قدر نفقة الحمولة ولمورثة فهم أحقّ بما ترك ، فإن شاءوا أكلوا وإن شاءوا حجّوا عنه^(٢) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٧ باب وصية الانسان لبعده ح ٤٥ .

(٢) الكافي ج ٤ ص ٣٠٥ .

و منها ما رواه الشيخ باسناده ، عن موسى بن القاسم ، عن صفوان ، عن معاوية ابن عمار قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يموت ولم يحجَّ حجة الاسلام و يترك مالاً ، قال : عليه أن يحجَّ من ماله رجلاً ضرورة لامال له ، ^(١) .

و منها ما رواه الشيخ باسناده ، عن علي بن الحسن ، عن عمرو بن عثمان ، عن الحسن بن محبوب ، عن عباد بن صهيب ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، في رجل فرط في إخراج زكاته في حياته فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما فرط فيه مما لزمه من الزكاة ثم أوصى أن يخرج ذلك فيدفع إلى من تجب له ، قال : فقال : جائز ، يخرج ذلك من جميع المال إنَّما هو بمنزلة الدين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدِّي ما أوصى به من الزكاة ، قيل له : فان كان أوصى بحجة الاسلام ؟ قال : جائز يحجُّ عنه من جميع المال ، ^(٢) .

و اما الواجب البدني كالصلاة والصوم فظاهر المتن خروجه أيضاً من الأصل و لو لم يوص به ، و يشكل من جهة أن الدليل على خروج الدين من أصل التركة و شموله لمثل الصلاة و إن أطلق الدين عليها في لسان الأخبار مشكلاً و إن وجب على من اشتغل نفعه بالواجب الوصية بقضائه في صورة التقصير بل مع عدم التقصير كمن فات صلاته للنفلة أو النوم و لم يتمكن من قضائها ، لكن يتمكن من القضاء بتوسط النائب بعدموته .

و أما غير الواجب فيخرج من الثلث و لا محذور في زيادة المجموع على الثلث لأن الواجب يخرج من الأصل أوصى به أو لم يوص به ، و غير الواجب لا يزيد على الثلث و لو حصر الجميع في الثلث بدء بالواجب ثم بغير الواجب الأوّل فالأوّل و الواجب يبدأ به و إن كان متأخراً في الإيلاء به و لعل وجه أهمية الواجب من جهة أن المجموع من جهة الوصية و لزوم تنفيذها يجب قضائها و الواجب يكون مقدماً في مقام التزاحم لمزية فيه من جهة وجوبه في نفسه مع قطع النظر عن الوصية ، و قد يستدل

(١) المصدر ج ١ ص ٥٦٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨١ .

عليه بصحيح معاوية بن عمار قال : « امرأة من أهلي ماتت و أوصت إليّ بثلث مالها و أمرت أن يعتق و يتصدق ويحج عنها فنظرت فيه فلم يبلغ ، فقال : ابدء بالحج فأنه فريضة من فرائض الله سبحانه و يجعل ما بقي طائفة في العتق و طائفة في الصدقة ^(١) ، فأنه يستفاد من التعليل المذكور تقدم الواجب ، ولا يخفى أن مورد الوصية عدم الترتيب في الموصى به فلا مجال للاستدلال بها في صورة الترتيب ، و لا يخفى الاشكال فيما ذكر لتقديم الواجب ولو كان مؤخراً في الايصاء حيث إن الوصية بالأوّل نافذة وكذا بالثاني وهكذا حتى يبلغ الثلث فبعد البلوغ إلى الثلث لا محلّ للوصية حتى يجب تنفيذها و يكون مقدّماً ، نعم لو كان من قبيل الديون يجب قضائه أوصى به أولم يوص و لو أوصى بأشياء تطوعاً ببدء بالأوّل فالأوّل حتى يبلغ الثلث إن كانت مرتبة و بعد البلوغ إلى الثلث تبقى مراعاة فان أمضى الورثة و إلّا بطلت ، و وجه التقديم ما ذكر ، و يدلّ عليه خبر حمران ، عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل أوصى عند موته و قال : أعتقوا فلاناً و فلاناً حتى ذكر خمسة فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعقوبهم ؟ قال : ينظر الذين سمّاهم و بدء بعقوبهم فيقولون و ينظر إلى ثلثه فيعتق منه أوّل شيء ذكر ، ثمّ الثاني ، ثمّ الثالث ، ثمّ الرابع ، ثمّ الخامس ، و إن عجز الثلث كان ذلك في الذي سمى أخيراً لأنّه اعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك ^(٢) .

بل لولا النصّ كان الوجه المذكور كافياً ، و يمكن أن يقال : مقتضى القاعدة الفرق بين كون المفعول بهم مع التعدّد واحداً كأن يقول : فلاناً و فلاناً و فلاناً أعتق و بين كون المفعول بهم كثيراً ، ففي الصورة الأولى تعلّقت الوصية بالمجموع في مرتبة واحدة ، و إن كان الافراد بينها ترتيب لفظي بخلاف الصورة الثانية ، ونظير هذا ما يقال في النحو الحروف المشبهة بالفعل : « إنّ و أنّ » - إلخ ، فالخبر ليس كل واحد من الحروف المذكورة بل الخبر المجموع ، و لعلّ الرواية المذكورة ناظرة إلى الصورة الثانية لا الأولى ، و حكى عن الشيخ و الاسكافي - قدس سرهما - تقديم العتق و إن

(١) الفقيه ص ٥٣١ .

(٢) الفقيه ص ٥٣١ .

تأخر للموثق عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه و أوصى بوصية وكان أكثر من الثلث؟ قال : يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي»^(١) ، و أوجب بظهوره في التنجيز المتقدم على الوصية بلا خلاف و لا إشكال لا الوصية التي هي محل البحث ، و حكى عن ابن حمزة جعل الوصية المتأخرة المتباعدة زمانها عن الأولى ناسخة لها للضعيف «إن أبي أوصى بثلاث وصايا فبأيهن أخذ؟ فقال : خذ بأخريهن» ، قلت : فإنها أقل؟ قال : و إن قلت «^(٢) و أوجب بضعف الرواية ، ولا بأس بحمله على صورة الوصايا المتضادة ، ويمكن أن يقال : أمّا ما ذكر في جواب الشيخ من تقديم المنجز على الوصية بلا خلاف و لا إشكال لم يظهر وجهه ، فان قلنا بخروج التصرفات المنجزة في مرض الموت من مثل الهبة والصلح الهبائي و العتق من الثلث فما الفرق بينها و بين الوصية إلا أن يكون في المقام نص أو إجماع و النص في خصوص العتق ، و لم نعر عليه في غير العتق من المنجزات .

و أمّا ما ذكر في الجواب عن ابن حمزة فالاشكال من جهة ضعف الرواية في محله لكن يبقى السؤال عن الفرق بين الوصايا المتضادة و مقامنا فإن التضاد تارة بالصراحة كما لو قال : أعطوا زيدا ثلث مالي ، ثم قال : أعطوا ثلث مالي عمراً ، و تارة بنحو آخر كأن يقول : أعطو زيدا كذا درهماً ، و عمراً كذا إلى أن تجاوز الثلث . فإن الوصية للأخير إذا تجاوز عن الثلث تضاد الوصية لزيد فالأولى المراجعة إلى القرائن فقد يستكشف عدم عدول الموصي عن الوصية الأولى و توهم كفاية ثلث ماله لمن أوصى له و أخرى يستكشف عدوله كمن توجه بمقدار ثلث ماله وأنه لا يجوز الوصية بأزيد من الثلث و مع ذلك قال : أعطوا فلاناً كذا و فلاناً كذا و هكذا و تجاوز عن الثلث ففي هذه الصورة كيف لا يحكم بالعدول و صرف النظر عن السابقة فمع قطع النظر عن الرواية يستظهر العدول و إن لم يكن تضاداً بالصراحة ، و قد يقال : إن موضوع هذه المسئلة التي يبدأ بالأوّل فالأوّل فيها تعدد الوصايا مع عدم التضاد بينها و إن امتنع

(١) الكافي ج ٧ ص ١٧ و النقيض ص ٥٣١ واللفظ له .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٧ .

العمل بها جميعاً لقصور الثلث أو المال بخلاف المسئلة الأخرى التي يقال فيها بأن تعدد الوصايا يكون رجوعاً فإن موضوعها تضاد الوصايا بحيث لا يمكن جمعها في الخارج في حدود نواتها للقصور، ثم بعد كلام يستقرب ما وقع للمحقق الكركي قدس سره في المقام من أن الأصل في الوصية أن تكون نافذة فيجب حملها على ما يقتضي النفوذ بحسب الامكان وإنما تكون الثانية نافذة إذا كان متعلقها الثلث الذي يجوز للمريض الوصية به فيجب حملها عليه كما يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه محلاً للبيع على معناه الحقيقي وحينئذ فيتحقق التضاد في مثل مالو قال : أوصيت بثلث لزيد و بثلث لعمر ، فيكون الثاني ناسخاً للأول فيقدم و أولى منه مالو قال ثم مالي ، ثم فرّع عليه أنه لو أوصى لزيد بثلث و لعمر و بربع و لخالد بسدس و انتفت القرائن أن تكون الوصية الأخيرة رافعة للأولى مع اعترافه بأنه مخالف لما صرح به الأصحاب .

ويورد على كلام المحقق بأن الإطلاق في الوصية وغيرها من العقود إنما يقتضي إرادة ما تعلق به العقد لكن إذا صادف ذلك ما يمكن نفوذه فيه نفذ لوجود المقتضي و ارتفاع المانع و إن لم يصادف ذلك كان عقداً موصوفاً بالصحة القابلة للنفوذ وعدمه بسبب رفع المانع أو تحقق الشرط الشرعي و عدمهما ففي البيع إذا علقه على النصف من غير تعرض لكون المستحق له أو المشاع بينه و بين شريكه اقتضى نقل النصف في نفسه و له محلّ ينفذ فيه باعتبار استحقاق العاقد المخاطب بالوفاء بعقده نصفاً فينفذ و ينزل عليه تنزيلاً شرعياً لا قصدياً بمعنى كون العاقد قد قصد ذلك و كذا ما نحن فيه فإن الموصي إذا أوصى لزيد بثلث لم يقصد إلا تمليك الثلث في نفسه إلا أنه لما كان يمكن تنفيذه باعتبار استحقاق الموصي ثلثاً نفذت الوصية به ، فإذا أوصى بعد ذلك بثلث أيضاً لم يصادف ذلك محلاً ينفذ فيه لسبق السبب الأول ، وإنما صادف محلاً ينفذ فيه مع الإجازة فيتعلق حينئذ كذلك على حسب ما صادف ولا يسمى مثله باطلاً بل هو صحيح خصوصاً بعد بناء الأصحاب في المقام من كون الإجازة تنفيذاً لا ابتداء عطية فتصرف الموصي يقع في ماله فلا دلالة في الوصية الثانية على الرجوع عن الأولى لعدم التضاد بخلاف ما لو علقها بما علق الأولى فإنه يحصل التضاد فليس إلا

النسخ و يكون الثاني كالوارد على الأول فينسخه كالدليل الوارد على الأصل .
ويمكن أن يقال: ما ذكر من أن بيع نصف الدار مثلاً لا يقيّد بنصفه المختص بل هو باق باطلاً، و لكن لما صادف محلاً قابلاً للنفوذ وقع البيع على نصفه المستحق دون نصف الشريك لامن جهة قصده بل بحكم الشرع، لانسلّمه بل بملاحظة أن البائع يريد وقوع البيع بنحو يترتب عليه الأثر بلا توقع أمر آخر من إجازة الشريك يقع البيع بحسب القصد على نصفه المملوك له من جهة الانصراف فإن إطلاق كل من الفعل والمتعلق قد يقيّد بالآخر ، ولذا يقال : إذا قال : لا تضرب أحداً إن إطلاق أحد يقيّد بظهور الضرب في المولم فيتعلق بمن يتألم دون غيره فيصح ما في كلام المحقق من أن الأصل في الوصية أن تكون نافذة فنفوذ الثانية يكون إذا كان متعلقها الثلث الذي يصح للموصي أن يوصي به فيتحقق التضاد خصوصاً إذا كان الموصي قاطعاً بعدم إجازة الورثة للتالي فيه فيدور الأمر بين كون الوصية لغواً محضاً أو يكون ناسخة للأولى ولقائل أن يقول : إن كان قابلية المحل ملحوظة فيقع العقد أو الوصية على المحل القابل فبعد الوصية الأولى بالنسبة إلى الثلث المطلق ما المانع في تعلق الوصية الثانية بالثلث المطلق و هو قابل لنفوذ الوصية الثانية فيد بنسخ الوصية الأولى كما تقولون في صورة التضاد ، وكيف يقال : بأن التقييد ليس بحسب القصد بل بحكم الشرع ، و الحال أن حكم الشرع المقدّس إمضاء لما قصد .

وأما صورة الجمع و عدم الترتيب فالمعروف فيها الأخذ بالوصية بالنسبة إلى المجموع و التوزيع من جهة النقص ، و يمكن استفادته مما رواه الصدوق بإسناده عن محمد بن أبي عمير ، عن معاوية بن عمار قال : أوصت إلي امرأة من أهل بيتي بثلث مالها و أمرت أن يعتق عنها و يحجّ و يتصدّق فلم يبلغ ذلك ، فسألت أبا حنيفة فقال : يجعل ذلك أثلاثاً ثلثاً في الحجّ و ثلثاً في العتق و ثلثاً في الصدقة ، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له : إن امرأة من أهلي ماتت و أوصت إلي بثلث مالها و أمرت أن يعتق عنها و يحجّ و يتصدّق فنظرت فيه فلم يبلغ فقال: ابدء بالحجّ فإنه فريضة من فرائض الله عزّ وجلّ و اجعل ما بقي طائفة في العتق و طائفة في الصدقة ، فأخبرت أبا حنيفة

بقول أبي عبد الله عليه السلام فرجع عن قوله و قال بقول أبي عبد الله عليه السلام ، (١) .

و رواه الكليني عن علي بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن ابن أبي عمير مثله .

و عن معاوية بن عمار ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « في امرأة أوصت بمال في عتق و حج و صدقة فلم يبلغ ، قال : ابدء بالحج فإنه مفروض فان بقي شيء فاجعل في الصدقة طائفة و في العتق طائفة » ، (٢) .

والمستفاد مما ذكر تقديم الحج معللاً بأنه فريضة فيحتمل أن يكون الحج المذكور في الوصية حجة الاسلام بالخصوص لكن يبعده أن السائل لم يذكر الخصوصية فكيف يحمل الجواب على الخاص ، ويحتمل أن يكون الحج أعم من حجة الاسلام و المندوب و رجه التقديم أن الحج في الأصل فريضة من فرائض الله تعالى ولعل هذا أقرب ، و على هذا فالقول بالتوزيع حتى في صورة كون الحج المندوب جزء مصرف الثلث مشكل .

و لو أوصى بعتق ممالিকে دخل في ذلك المنفرز و المشترك على ما في المتن فان كان في المقام نص فلا إشكال و إلا فيشكل من جهة أن المملوك المشترك لا ينسب إلى أحد الشريكين بالخصوص بل ينسب إليهما و لا أقل من الشك في شمول الوصية للمملوك المشترك خصوصاً مع نقصان سهم الموصي عن سهم الآخر ، و لعل في المقام رواية وهي « عن الرجل تجل تحضره الوفاة و له ممالك لخاصة نفسه و ممالك في شركة رجل آخر فيوصي في وصية ممالكه أحرار ما حال ممالكه الذين في الشركة ؟ فقال : يقولون عليه إن كان ماله يحتمل ثم هم أحرار » (٣) ويمكن أن يقال : حمل الرواية على التبعيدوا الحكم بشمول كلامه للذين هم في الشركة ولولم يكن لكلامه ظهور في الشمول بعيد جداً وإن كان النظر إلى الاستظهار من كلامه فمع عدم الاستظهار في العرف كيف

(١) الفقيه ص ٥٣٠ و ٥٣١ و في بعض نسخه « امرأة من اهلى » . كما في الكافي

ج ٧ ص ١٩ . و في بعض النسخ « بمالها » .

(٢) الفقيه ص ٥٣١ .

(٣) الفقيه ص ٥٣١ .

يحكم بالحرية ، ويمكن أن يكون نظر السائل إلى الفراغ عن الشمول ولو بالقرينة وكيفية حرّيتهم مع الشركة وقد ضعف الرواية من جهة السند .

﴿ الثاني في المبهمة من أوصى بجزء من ماله ، كان العشر ، وفي رواية السبع ، وفي أخرى سبع الثلث . ولو أوصى بسهم كان ثمناً ، ولو كان بشيء كان سدساً ، ولو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجهاً صرف في البر ، وقيل : يرجع ميراثاً . ولو أوصى بسيف و هو في جفن و عليه حلية دخل الجميع في الوصية على رواية يجبر ضعفها الشهرة . ولو أوصى بصندوق و فيه مال دخل المال في الوصية ، وكذا قيل : لو أوصى بسفينة و فيها طعام استنداداً إلى فحوى رواية . ولا يجوز إخراج الولد من الارث ولو أوصى الأب ، و فيه رواية مطرحه ﴾ .

أما الوصية بجزء فقد ورد أخبار فيها منها ما رواه في الكافي و التهذيب في الحسن أو الصحيح في الأول و الصحيح في الثاني عن عبد الرحمن بن سيابة و هو مجهول ، قال : « إن امرأة أوصت إليّ و قالت : ثلثي تقضى به ديني و جزء منه لفلانة فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى فقال : لأرى لها شيئاً ما أدري ما الجزء . فسألت عنه أبا عبد الله عليه السلام بعد ذلك و خبرته كيف قالت المرأة و ما قال ابن أبي ليلى ، قال : كذب ابن أبي ليلى لها عشر الثلث إن الله تعالى أمر إبراهيم عليه السلام فقال « اجعل على كل جبل منهن جزءاً » وكانت الجبال يومئذ عشرة و الجزء هو العشر من الشيء » (١) .

و منها ما رواه المشايخ الثلاثة في الموثق أو الحسن الذي لا يقصر عن الصحيح عن معاوية بن عمار قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله ؟ قال : جزء من عشرة ، قال الله تعالى « ثم اجعل على كل جبل منهن جزءاً » وكانت الجبال عشرة » (٢) .

ومنها ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح أو الحسن ، عن أبان بن تغلب قال :

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٩ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .

(٢) الفقيه ص ٥٢٩ و الكافي ج ٧ ص ٤٠ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .

« قال أبو جعفر عليه السلام : الجزء واحد من عشرة لأنّ الجبال كانت عشرة »^(١).

و في قبالتها ما يظهر منه التفسير بالسبع فمنه ما رواه في الصحيح عن البرزطي قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله ؟ فقال : واحد من سبعة إن الله تعالى يقول « لها سبعة أبواب لكلّ باب منهم جزء مقسوم » قلت : رجل أوصى بسهم من ماله فقال : السهم واحد من ثمانية ، ثم قرأ « إنّما الصدقات للفقراء والمساكين - إلى آخر الآية »^(٢).

و عن إسماعيل بن همام الكندي ، عن الرضا عليه السلام « في الرجل أوصى بجزء من ماله و لم يعينه فاختلف الوارث بعده في ذلك فقاضى عليهم باخراج السبع من ماله و تلا قوله تعالى « لها سبعة أبواب لكلّ باب منهم جزء مقسوم »^(٣) إلى غير ما ذكر . ثم إنّّه يقع الاشكال في إنّ مثل الجزء والسهم لا إجمال في مفهومهما فمقتضى القاعدة الاكتفاء بما يصدق عليه الكلّي غاية الأمر أنّه لا يكتفى بكلّ ما يصدق عليه الكلّي للانصراف إلى ما يكون قابلاً للتوجه ، فلعلّ التعيين في كلام المعصوم صلوات الله عليه من جهة أنّ المرتبة المنصرفة إليها لها عرض عريض يقع الخلاف من جهته بين الورثة و الموصي له ، و ربّما يؤيد هذا ما رواه الصدوق في معاني الأخبار في الصحيح ، عن صفوان . و المفيد في الارشاد قال « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى بسهم من ماله و لم يبيّنه فاختلف الورثة في معناه فقاضى بينهم باخراج الثمن من ماله و تلا عليهم « إنّما الصدقات للفقراء و المساكين - الآية »^(٤) لكن يبعد هذا أنّ لسان الأخبار لسان الفتوى لا الحكومة مع أنّ الحكومة في الشبهات الحكميّة ترجع إلى الفتوى غاية الأمر

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٠ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .

(٣) في التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ و الاستبصار ج ٤ ص ١٣٢ نحوه . و في الوسائل

كما في المتن ج ٢ ص ٦٧٥ .

(٤) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٥ و المعاني ص ٢١٦ . و الارشاد باب قضايا أمير المؤمنين

يكون المحكوم عليه ملزماً بقبولها ولو كان نظر الحاكم مخالفاً لنظره كما لو كان الاختلاف بين الورثة و غيرهم في منجزات المريض وقلنا فيها بالتخير الأصولي من جهة تعارض الأخبار فاختار الورثة الأخذ بالأخبار الدالة على الخروج من الثلث و الآخر أخذ بالأخبار الدالة على الخروج من الأصل ، و الحاكم أخذ بإحدى الطائفتين من الأخبار لرفع الخصومة بين الطرفين كما أنه في الحكومة في الموضوعات لا بد للمحكوم عليه من قبول الحكم إذا حكم الحاكم بحسب الموازين المقررة و إن كان قاطعاً بخلافه إلا في بعض الموارد كما لو حكم الحاكم بزوجة المرأة لرجل وكانت المرأة قاطعة بعدم زوجيتها له ، و قد يحمل الأخبار على صورة العلم بعدم إرادة الموصي المكلف مسمى الجزء لكون الوصية سفهية كما أنه لأحد معلوم في العرف لأقل ما يصدق به في امثال الوصية فكشفه كما كشف أقل مسمى الركوع ، و يمكن أن يقال بعد انصراف الجزء إلى ما يكون قابلاً للتوجه يخرج الوصية عن كونها سفهية كما لو قال السيد لعبده: اعط زيدا جزءاً من هذا المال أو سهماً فيصرف الجزء إلى ما يكون قابلاً للتوجه و كذلك السهم و لا يقاس بمثل الركوع فإنه جزء عبادي لا بد أن يعين من قبل الشارع ولو كان الانصراف في الجزء و السهم بحسب القرائن إلى ما زاد عما عيّن في الأخبار بشكل الرد إلى ما عيّن من جهة تبديل الوصية فلا بد من قبول ما وصل إلينا من الأخبار مع قطع النظر عن الاشكال الأخير فنقول : لا يبعد في المقام التخير أعني التخير الفقهي لا الأصولي غاية الأمر ظهور الأخبار في التعيين يرفع من جهة النص في الاجزاء ، و يشهد لهذا أن ظاهر الأخبار أن الحكم من جهة قول الله تبارك و تعالى و المفروض ذكر الجزء في الآيتين ، و إن أبيت فلا يبعد التخير أعني التخير الأصولي لا الفقهي و يقع التعارض .

ولو أوصى بسهم كان ثمناً عند الأكثر و يدل عليه صحيح البرنطي «سئل أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال : السهم واحد من ثمانية ثم قرأ «إنما الصدقات» (١) .

(١) معاني الاخبار ص ٢١٦ .

وكذا حسن صفوان و موثق السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام و عن إرشاد المفيد نسبة ذلك إلى قضاء أمير المؤمنين صلوات الله عليه .

و في قبال ما ذكر خبر طلحة بن زيد ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، عن أبيه «من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشرة» ^(١) و ما أرسله الصدوق من «أن السهم واحد من ستة» ^(٢) و الظاهر أن الصدوقين و الشيخ و ابن زهرة عملوا بالمرسل المذكور . و أما خبر طلحة فقد عدّ من الشواذ ، و أما المرسل فمع عمل مثل الصدوقين و الشيخ - قدس الله أسرارهم - يشكل ترك العمل به فلا بدّ من الترجيح أو التخيير .

ولو أوصى بشيء كان سديماً لخبر أبان ، عن عليّ بن الحسين عليهما السلام أنه «سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله فقال: الشيء في كتاب عليّ من ستة» ^(٣) و الكلام السابق يجيء في المقام فانه إذا كان شيء بحسب العرف أو القرائن منصرفاً إلى ما يزيد عما عيّن في الاخبار يشكل الأخذ بمضمون الأخبار لشبهة تبديل الوصيّة .

ولو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجهاً منها فالاكثر أنه يصرف في وجوه البرّ لخبر محمد بن ريان قال : «كُتِبَ إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن إنسان أوصى بوصيّة فلم يحفظ الوصي إلا باباً واحداً كيف يصنع بالباقي ؟ فوقع عليه السلام : الأبواب الباقية اجعلها في البرّ» ^(٤) .

و الظاهر أن مستند المشهور هذا الخبر لا بعض الوجوه القابل للخدشة مثل ما قيل: إن المال خرج عن الوارث بالوصيّة النافذة أو لا لأنه المفروض فعوده إلى ملك الوارث يحتاج إلى دليل وجهالة مصرفه تصيره بمنزلة المال المجهول المستحق فيصرف في وجوه البرّ ، و إنّه لو رجع إلى الوارث لزم تبديل الوصيّة بخلاف البرّ لأنّه عمل بمقتضاها غاية جهالة المصرف فيصرف فيما يصرف فيه المال المجهول المالك وإنّ الموّصي

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٢ .

(٢) الفقيه ص ٥٢٩ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩٢ .

(٤) الفقيه ص ٥٣٣ .

ربما أراد بوصيته القربة مخصوصة ، فإذا فات الخصوص بالنسيان بقي العموم فيكون أقرب إلى مراد الموصي .

ويمكن أن يقال : إن انجبر ضعف سند الرواية بعمل المشهور بأن كان مستند فتوَاهم هذا الخبر فلا كلام وإلا فيشكل ، نعم لو كان الموصي له إنساناً مردداً بين أشخاص غير محصورين أمكن القول بالتصدق كما لو علم المكلف باشتغال نعتة لرجل مرددين أفراد غير محصورين بناءً على ما سبق من عدم لزوم قبول الموصي له في الوصية التمليلية فيكون مشمولاً لما دلّ على التصديق في المال المجهول المالك ولو كان الأفراد محصورين فلا يبعد التقسيم بينهم أو القرعة ، ولو كان طرف الشبهة مصرفاً آخر كبناء المسجد أو المدرسة أو القنطرة لعبور المسلمين فلا يكون مشمولاً لما ذكر ولا يبعد مع الاشكال في العمل بالرواية القرعة ، وقد يؤيد الخبر المذكور بأخبار واردة في بعض الوصايا كما ورد في جملة منها « أن من أوصى للكعبة بمال أو غلام أو جارية أو أهدى لها نحو ذلك فإنه يصرف المال ويباع الغلام والجارية ويصرف ثمنها في المنقطعين من الحاج » معللاً بأن « الكعبة لا تأكل ولا تشرب وما أهدى لها فهو لزّ وارها ومن ذلك ما روى المشايخ الثلاثة - نوّر الله تعالى ضرائحهم - ، عن عليّ بن فرقد صاحب السابري ، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل يتضمن أنه « أوصى رجل بتركته إلى عليّ المذكور فأمره أن يحجّ عنه و كان التركة لا تبلغ ذلك فسئل الفقهاء فأفتوه بالصدقة بها فتصدق بها ثمّ لقي أبا عبد الله عليه السلام فسأله وأخبره بما فعل فقال : إن كان لا يبلغ أن يحجّ به من مكة فليس عليك ضمان وإلا فأنت ضامن » ^(١) وقد قرّره عليه السلام على الصدقة مع عدم بلوغ الحجّ به من مكة ولم يحكم ببطالان الوصية والرّجوع ميراثاً . ومن ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة - قدّس أسرارهم - عن مثنى قال : « سألت عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً قال : اطلب لها وارثاً أو مولى فادفعها إليه ، قلت فان لم أعلم له وارثاً ؟ قال : اجهد على أن تقدر له على وليّ فان لم تجده و علم الله

منك الجهد فتصدق بها ، ^(١) . ومما ذكر ضعف القول بالرُّجوع ميراثاً .
ولو أوصى بسيف وهو في جفن فأنه يدخل الجفن والحلية في الوصية ويدلُّ عليه
ما رواه في الكافي والتهذيب ، عن أبي جميلة قال : « كتبت إلى أبا الحسن عليه السلام أسأله
عن رجل أوصى لرجل بسيف فقال الورثة : إنما لك الحديدية وليس لك الحلية ليس
غير الحديدية ، فكتب إليَّ السيف له والحلية » ^(٢) .

وما رواه المشايخ الثلاثة ، عن أبي جميلة ، عن الرضا عليه السلام قال : « سألته عن
رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن وعليه حلية ، فقال له الورثة : إنما لك النصل
وليس لك المال ، قال : فقال : لا بل السيف بما فيه له ، قال : فقلت : رجل أوصى لرجل
بصندوق وكان فيه مال ؟ فقال الورثة : إنما لك الصندوق وليس لك المال ؟ قال : فقال
أبو الحسن عليه السلام : الصندوق بما فيه له » ^(٣) .

ومن هذه الرواية استفاد حكم الوصية بالصندوق ويدلُّ عليه أيضاً ما رواه في
التهذيب ، عن علي بن عتبة ، عن أبيه قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى
لرجل بصندوق وكان في الصندوق مال فقال الورثة : إنما لك الصندوق وليس لك ما فيه ؟
فقال : الصندوق بما فيه له » ^(٤) .

وعن عتبة بن خالد ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن رجل قال : هذه السفينة
لفلان ولم يسم ما فيها وفيها طعام أيعطيها الرجل وما فيها ؟ قال : هي للذي أوصى لها
إلا أن يكون صاحبها متهماً وليس للورثة شيء » ^(٥) ورواه الصدوق إلا أنه قال : « إلا
أن يكون صاحبها استثنى ما فيها » ^(٦) .

ومن هذه الرواية ظهر حكم الوصية بالصندوق ، ثم يقع الشبهة من جهة أنه

(١) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٠ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٢ والتهذيب ج ٢ ص ٣٩٢ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٢٢ والتهذيب ج ٢ ص ٣٩٢ والفتاوى ص ٥٣٢ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٢٢ والتهذيب ج ٢ ص ٣٩٢ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ٢٢ .

(٦) الفتاوى ص ٥٣٢ .

قد يحمل هذه الروايات على التعبد بمعنى أنه لو أوصى بهذه الأشياء يدخل في الوصية ما ذكر بالتبع ولو لم يرد الموصي الوصية بها وهذا الحمل بعيد فإنَّ لازمه أنه يدخل في الوصية ولو صرح بإرادة خصوص السيف والصندوق والسفينة ولا أظنُّ أن يلتزم به ويشهد له ما في رواية الصندوق من قوله «إلا أن يكون الخ» وإن حملت على الاستظهار فمع عدم الاستظهار في مثل الصندوق والسفينة يشكل الأمر وإن كان الظاهر في السيف تبعية جفنه، ويمكن أن يكون ذلك بحسب العرف السابق فمع عدم مساعدة غير العرف السابق يشكل.

ولو أوصى العبد باخراج الولد من الارث لم يصحَّ وفاقاً للمشهور لأنَّ الوصية مخالفة للكتاب والسنة ولأنَّه من الحيف في الوصية الذي ورد فيه : أنه من الكبائر ولقوله عليه السلام « ما أبالي أضرت بورثتي أوسرقتهم ذلك المال » (١).

وأما الرواية المشار إليها فهي رواية علي بن السري قال : « قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام إنَّ علي بن السري توفي فأوصى إليَّ فقال : رحمه الله ، قلت : وإنَّ ابنه جعفر أوقع على أم ولد له فأمرني بأن أخرجته عن الميراث ، قال : فقال « أخرجوه وإن كنت صادقاً فسيصيبه خبل ، قال : فرجعت فقد مني إلى أبي يوسف القاضي فقال له : أصلحك الله أنا جعفر بن علي بن السري وهذا وصي أبي فمره فليدفع إليَّ ميراثي من أبي ، فقال لي أبو يوسف القاضي : ما تقول ؟ قلت : هذا جعفر بن علي السري وأنا وصي علي بن السري قال : فادفع إليه ماله ، فقلت : أريد أن أكلمك فأذن لي فدنوت حيث لا يسمع أحدٌ كلامي فقلت : هذا وقع على أم ولد لأبيه فأمرني أبوه وأوصى إليَّ أن أخرجته من الميراث ، ولا أوردُّه شيئاً فأنييت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة فأخبرته وسألته فأمرني أن أخرجته عن الميراث ولا أوردُّه شيئاً ، فقال : الله إنَّ أبا الحسن أمرك ؟ قال : فقلت : نعم فاستحلفني ثلاثاً ثم قال لي أنفذ ما أمرك أبو الحسن عليه السلام به فالقول قوله ، (٢) .

(١) الفقيه ص ٥٢١.

(٢) الكافي ج ٢ ص ٦١ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩٨ . و الفقيه ص ٥٣٣ .

ويقع الاشتغال من جهة قذف الولد وليس في الرواية نهى الامام عليه السلام عن ذلك
لرأوي السؤال بنحو الفرض من دون رمي شخص خاص ، وحكي عن الصدوقين والشيخ
العمل بها في موردها فمع العمل بمضمونها يقتصر على موردها الولد الذي أحدث ذلك
الحدث .

﴿ الطرف الثالث في أحكام الوصية وفيه مسائل الأولى إذا أوصى بوصية ثم
عقبها بمضادة لها عمل بالاخيرة، ولو لم يضادها عمل بالجميع ﴾ .

لا إشكال في نسخ الوصية الثانية الأولى مع الالتفات كما لو أوصى لزيد بعين
ثم أوصى بها لعمرو ، وأما مع عدم الالتفات إلى الوصية السابقة فظاهر كلماتهم وإن
كان النسخ للسابقة لكنه لا يخلو عن الاشكال كما يلاحظ في سائر الموارد، مثلاً لو وعد
في الساعة المعينة زيارة زيد وغفل عن الوعد ووعد زيارة عمرو في تلك الساعة مع
التضاد بين الزيارتين فمثل هذا الشخص إذا التفت إلى وعده السابق ربما يرجع عن
الوعد اللاحق وظاهر أن هذا لم ينصرف عن الوعد السابق وهذا كمالو وعد إعطاء
عين معينة زيدا ثم غفل وبنى على إعطائها عمراً ، ثم التفت إلى وعده السابق فربما
يعتذر من ترك الاعطاء لما سبق من وعده فكيف يقال : انصرف عن الوعد السابق وقد
سبق الكلام في أنه كثيراً ما تكون الوصية اللاحقة مضادة ولو لم تكن بالصراحة و
إن كان ظاهر كلماتهم الأخذ بالأوّل فالأوّل حتى تبلغ إلى ما لا تجوز الوصية ، وقد
ظهر الحال مما ذكر في قوله :

﴿ فان قصر الثلث بدء بالأوّل فالأوّل حتى يستوفى الثلث .

﴿ الثانية ثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين و بشهادة أربع نساء ، و بشهادة
الواحدة في الربع ، وفي ثبوتها بشاهد و يمين تردّد ، أما الولاية فلا يثبت إلا بشهادة
رجلين ﴾ .

أما ثبوت الوصية بالمال بشهادة رجلين عدلين فالظاهر عدم الخلاف فيه واستدل
عليه بعموم ما دلّ على حجيتها ، و روى الشيخ عن أحمد بن محمد ، عن محمد بن إسماعيل،
عن محمد بن الفضيل ، عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سأله عن

قول الله عز وجل : « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم » قال : هما كافران ، قلت ذوا عدل منكم قال : مسلمان ،^(١) .

و رواه الصدوق بإسناده ، عن محمد بن الفضيل مثله^(٢) .

و أما الثبوت بشهادة أربع نساء فلا خلاف فيه من غير فرق بين مقام الوصية و غيرها في ما يتعلق بالمال و اختص الوصية بثبوت الأربع بشهادة واحدة منهن و يدل عليه الأخبار ، منها قول الصادق عليه السلام - على المحكي - في خبر ربي « في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي ، ليس معها رجل » ، فقال : يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها ،^(٣) .

و منها قول أبي جعفر عليه السلام على المحكي « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وصية لم يشهدا إلا امرأة أن تجوز شهادتها في ربع الوصية إذا كانت مسلمة غير مريية »^(٤) . و في قبال ما ذكر خبر عبدالرحمن « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة يحضرها الموت و ليس عندها إلا امرأة تجوز شهادتها ؟ قال : تجوز شهادة النساء في العذرة و المنفوس و قال : تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجل »^(٥) .

و مضر عبدالله « سأله عن امرأة حضرها الموت و ليس عندها إلا امرأة أتجوز شهادتها ؟ فقال : لا تجوز شهادتها إلا في المنفوس و العذرة »^(٦) .

و مكتبة أحمد بن هلال إلى أبي الحسن عليه السلام « امرأة شهدت على وصية رجل لم يشهدا غيرها و في الورثة من يصدقها و منهم من يتهمها فكتب : لا إلا أن يكون رجل و امرأتان و ليس بواجب أن تنفذ شهادتها »^(٧) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٢ .

(٢) الفقيه ص ٥٢٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٨١ و ص ٣٨٢ و الفقيه ص ٥٢٢ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٢ .

(٥) و (٦) التهذيب ج ٢ ص ٨٢ .

(٧) التهذيب ج ٢ ص ٨١ .

لكنّ الأصحاب لم يعملوا بهذه الأخبار فلا حاجة إلى بعض التوجيهات .
 وأمّا ثبوت الوصيّة بالمال بشاهد و يمين فقد نسب المنع فيه إلى قطع الأصحاب
 ولعله من جهة عدم الدّليل في المقام وانحصار قبولهما بحسب الأدّلة في الحقوق الماليّة
 إلّا أن يدعى القطع بعدم الفرق في دعوى الاستحقاق بين كون وجه الاستحقاق غير
 الوصيّة أو الوصيّة فلا بدّ من ملاحظة دليل الثبوت في غير مقام الوصيّة .
 وأمّا ولاية الوصيّ على التصرفات فلا تثبت إلّا بشهادة رجلين عدلين لعدم الدّليل
 على ثبوتها بغيرها وعدم الدّليل كاف في عدم الحجّية ، وقد يناقش بأنّ الولاية قد
 تتضمن المال كما إذا أراد الوصيّ أخذ الأجرة والأكل بالمعروف وبأنّ الولاية و
 إن لم تكن مالاً لكنّها متعلّقة به كبيعته وإيجارته ولا يخفى أنّ مجرد ما ذكر لا يكفي في
 شمول الدّليل .

﴿ الثالثة لو أشهد عبيدين له على أنّ حمل المملوكة منه ، ثمّ ورثهما غير الحمل
 فأعتقا فشهدا للحمل بالبنوّة صحّ وحكم له ، ويكره له تملكهما . الرابعة لا تقبل شهادة
 الوصي فيما هو وصيّ فيه وتقبل للموصي في غير ذلك ﴾ .
 أمّا ما ذكر في الثالثة فيدلّ عليه الصحيح « في رجل مات وترك جارية ومملوكين
 فورثهما أخ له فأعتق العبيدين وولدت الجارية غلاماً ، فشهدا بعد العتق أنّ مولاها كان
 أشهدهما أنّه كان يقع على الجارية وأنّ الحمل منه قال : يجوز شهادتهما و يردان
 عبيدين كما كانا ^(١) » .

و الموثّق « عن رجل كان في سفر ومعه جارية و له غلامان مملوكان فقال لهما :
 أنتما حرّان لوجه الله ، واشهدا أنّ ما في بطن جاريّتي هذه منّي ، فولدت غلاماً فلمّا
 قدموا على الورثة أنكروا ذلك واسترقّوهم ثمّ إنّ الغلامين اعتقا بعد ذلك فشهدا بعدما
 اعتقا أنّ مولاها الأوّل أشهدهما على أنّ ما في بطن جاريّته منه ، قال : قال : تجوز
 شهادتهما للغلام ولا يسترقّهما الغلام الذي شهدا له لأنّهما اثبتا نسبته ^(٢) » .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٧٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٥ .

ثم إنه لم يظهر كون الخصوصيات المذكورة في الخبرين من كلام الامام عليه السلام حتى يقال لها مدخلية في الحكم المذكور فانه كثيراً ما يسأل السائل و يذكر في سؤاله خصوصيات لامدخلية لها في الحكم وعلى هذا فلا ينافي الخبران قبول شهادة العبد وإن لم يعتق و كذلك قبول شهادة و إن لم يوص إليه السيد بالشهادة و لعل ذكر الفقهاء الخصوصيات للتبعية لمضمون الخبرين و إن كان المذكور في كلمات بعضهم مدخلية بعض الخصوصيات ، و أما كراهة استرقاقهما فربما يستفاد من التعليل المذكور حيث إن المناسب لاحسانهما عدم استرقاق الغلام المشهود له بالانتساب و إن كان ظاهر الكلام الحرمة ولم يظهر مراد القائل بالحرمة هل هو انتاقهما عليه قهراً أو وجوب اعتاق الغلام إياهما بحيث لو لم يعتقهما كانا باقين على الرقبة .

و أما عدم قبول شهادة الوصي في ما هو وصي فيه وهو المشهور بين الأصحاب ومقتضى المكاتب الصحيحة الصريحة قبولها وهي المكاتب المروية في الفقيه في باب شهادة الوصي للميت وعليه بدين وفيها « كتب إليه (يعني الصفار) : أيجوز للوصي أن يشهد لوارث الميت صغيراً أو كبيراً بحق له على الميت أو على غيره وهو القابض للوارث الصغير و ليس الكبير بقابض ؟ فوق عليه السلام : نعم ، و ينبغي للوصي أن يشهد بالحق و لا يكتفم شهادته ، ^(١) و ظاهر الصدوق العمل بها .

واستشكل في العمل بها من جهة أنه يرجع إلى كونه مدعياً باعتبار ثبوت حق له فيما شهد به فهو كشهادة المرتهن على المال المرهون أنه ملك للراهن مثلاً وكشهادة الشريك لشريكه ، وغرماء المفلس بمال له ، و أما المكاتب فمع إعراض المعظم ، لا يعمل بها . و يمكن أن يقال : لانسلم كون الوصاية حقاً للوصي ألا ترى أن عدول المؤمنين يتصدون أمور صفار الميت مع عدم الوصي له ولا يثبت لهم حق بل ولايتهم نظير ولاية الحاكم فالوصي مكلف بانفاذ وصية الموصي والقيام بأمور صفاره مع قيمومته من قبل الموصي نظير تكليف عدول المؤمنين و عدم العمل بالمكاتبه إن كان بملاحظة هذه الجهة

لا يضره بحجبتها بل مع قطع النظر عن المكاتبه يكفي عموم ما دلّ على قبول شهادة العدل بل لعله تجب الشهادة لأحقاق الحقّ .

الخامسة إذا أوصى بعرق عبده أو أعتقه عند الوفاة وليس له سواء أعتق ثلثه ، ولو أعتق ثلثه عند الوفاة وله مال أعتق الباقي من ثلثه ، ولو أعتق مماليكه عند الوفاة أو أوصى بعرقهم ولأمال سواهم أعتق ثلثهم بالقرعة ، ولورثتهم أعتق الأول فالأول حتى يستوفي الثلث وبطل ما زاد .

إذا أوصى بعرق عبده و ليس له غيره أعتق ثلثه لعدم نفوذ الوصية في الرائد عن الثلث إلا مع إتمام الورثة ، وأما صورة الاعتاق عند الوفاة و عدم ماسوى العبد فاعتاق خصوص الثلث مبنية على خروج منجزات المريض من الثلث ، وأما على الخروج من الأصل فيعتق الكل .

ولو أعتق ثلثه ولأمال أعتق الباقي من ثلثه للسراية التي هوأعنى العرق كان سببها ولو أعتق مماليكه عند الوفاة أو أوصى بعرقهم و لا مال سواهم ففي صورة الوصية يعتق ثلثهم بالقرعة ، وكذلك لو أعتقهم منجزاً بناء على خروج المنجزات من الثلث ويخرج الثلث بالقرعة و يدلّ عليه المرسل ، عن النبي ﷺ « في ستة عبيد أعتقهم مولاهم عند موته ولم يكن له غيرهم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم » (١) .

والصحيح عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يكون له المملوكون فيوصى بعرق ثلثهم ؟ قال : كان علياً عليه السلام يسهم بينهم ، (٢) .

والخبر الذي رواه المشايخ الثلاثة عن موسى بن جعفر عليه السلام قال : « إن أبي ترك ستين مملوكاً وأعتق ثلثهم فأقرعت بينهم و أخرجت عشرين و أعتقتهم » (٣) ولو استلزمت التعديل التجزية في العبد أعتق ذلك الجزء و السعي في الباقي ولولا النصّ كان مقتضى

(١) سنن أبي داود ج ٢ ص ٢٥٢ كتاب العرق .

(٢) الفقه ص ٣٣٧ .

(٣) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٨ .

القاعدة تعلق الوصية بثلك كل منهم و كذلك العتق المنجز بناء على خروج المنجز من الثلث و ذلك كما لو أوصى بثلك ماله بلا تعيين لكن المتعين حصول العتق بالنحو المذكور في الأخبار، ويمكن أن يقال : لا يستفاد من الأخبار المذكورة التعيين ، غاية الأمر الرخصة في العمل بالنحو المذكور في الأخبار فما الوجه في رفع اليد عن مقتضى القاعدة إلا أن يقال : عتق المملوك ظاهر في عتق كله فمع حفظ هذا الظهور لا بد من تعيين الثلث بالقرعة ، و هذا كما لو قال المولى لعبده : أضف أو أطعم ثلك هؤلاء فإنه لا بد من تعيين الثلث بالاختيار أو القرعة و إن كان فرق بين المقام والمثال لكن المقصود الاستظهار .

و أما صورة الترتيب فالمعروف الابتداء بالأوّل فالأوّل حتى يبلغ الثلث لما سبق و لخصوص النصّ في رجل أوصى عند موته أعتق فلاناً و فلاناً و فلاناً و فلاناً و فلاناً فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعقهم فيقومون و ينظرون إلى ثلثه فيعتق أوّل شيء ، ثمّ الثاني ، ثمّ الثالث ، ثمّ الرابع ، ثمّ الخامس فان عجز الثلث كان الذي سمى أخيراً لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث مالا يملك فلا يجوز له ذلك ،^(١) فان كان النظر إلى مقتضى القاعدة فقد سبق الاشكال فيه فانّ الترتيب تارة يكون في الوصية بأن يوصى أوّلًا بكذا ثمّ يوصى بغيره و كذا في العتق المنجز كان يعتق أوّلًا عبداً ، ثمّ عبداً آخر و هكذا و أخرى بالنحو المذكور في النصّ المذكور بالترتيب اللفظي مع الواو مع أنّ المعروف أنّ الواو لمطلق الجمع ففي الصورة الأولى لا كلام فيها ، و أما في الصورة الثانية فان تمّ النصّ سنداً و قلنا بلزوم الأخذ تعبداً فلا كلام أيضاً و مع عدم تمامية السند و لم يعلم استناد المشهور إليه و استبعاد كون الحكم تعبدياً من دون استظهار من كلام الموصي يشكل ما ذكر .

السادسة إذا أوصى بعق رقبة أجزاء الذكر و الأنثى الصغير و الكبير ولو قال : مؤمنة لزم ، فإن لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب . ولو ظنّها مؤمنة فأعتقها ،

(١) التهذيب ج ١ ص ٢٩٢ و الكافي ج ٢ ص ١٩ .

ثمّ بانت بخلافه أجزاء. السابعة إذا أوصى بعترقة بثمان معين ، فإن لم يجد توقع وإن وجد باقل اعتقها و دفع إليها الفاضل .

أمّا أجزاء الذّكر والأنثى والصغير والكبير فللاطلاق المتبع عند العقلاء مضافاً إلى خبر الحضرمي " قلت له (أي لأبي عبدالله عليه السلام) : إن علقمة بن محمد أوصاني أن أعتق عنه رقبة فأعتقت امرأة أفجزيه أو أعتق عنه من مالي ؟ قال : يجزيه ، ثمّ قال : إن فاطمة أمّ ابني أوصت أن أعتق عنها رقبة فأعتقت عنها امرأة ، (١) .

وأمّا صورة التقييد بالإيمان فلا بدّ فيها من امثال ما أوصى به ، وأمّا أجزاء عتق من لا يعرف بنصب مع عدم وجدان المؤمن فلخبر عليّ بن أبي حمزة المنجبر ضعفه بالشهرة قال : " سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك قال : يشتري من الناس فيعتق ، (٢) .

و ما رواه ثقه الاسلام في الكافي عن عليّ بن أبي حمزة قال : " سألت عبداً صالحاً عن رجل هلك فأوصى بعتق نسمة مسلمة بثلاثين ديناراً فلم توجد له بالذي سمى قال : ما أرى لهم أن يزيدوا على الذي سمى ، قلت : فإن لم يجدوا ؟ قال : يشترون من عرض الناس ما لم يكن ناصباً ، (٣) .

و ما رواه المشايخ الثلاثة إلى عليّ بن أبي حمزة قال : سألت أبي الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك قال : يشتري من الناس فيعتق ، (٤) .

و لا يخفى أنّ خبر عليّ بن أبي حمزة واحداً كان أو أزيد بناء على حجّيته من جهة الانجبار بالشهرة يستفاد منه عدم كونه ناصبياً لا عدم المعروفيّة بالنصب كما في المتن فلا بدّ من الإحراز إلّا أن يقال : يحرز بالأصل حيث أنّ النصب صفة عارضة و مقتضى الأصل عدمه .

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٤ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ١٨ .

(٤) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٨ .

وأما صورة الظنّ بالإيمان مع تبينّ الخلاف فاستدلّ على الاجزاء فيها بقاعدة الاجزاء والصحيح « عن رجل أوصى بنسمة مؤمنة عارفة فلما أعتقناه بان أنّها لغير رشدة ، فقال : قد أجزء عنه ، إنّما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحيتة على أنّها سمينة فوجدها مهزولة » (١).

و يمكن أن يقال : أمّا قاعدة الاجزاء فلا يخفى أنّها لا تنطبق على ما نحن فيه وأمّا الرّواية فلعلّ المراد من قول القائل « فبان - الخ » تبينّ عدم طهارة المولد فلا مجال للاستدلال به على مقامنا .

و أمّا الوصيّة بعق رقبة بضمن معيّن فمع عدم الوجدان بالثمن المعين لا بدّ من التوقع ، و مع الوجدان بأقلّ فالمعروف أنّه يشتري بأقلّ من الثمن الذي أوصى به و يدفع الباقي إليها ، و استدلّ عليه بموثّق سماعة « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى أن يعق عنه نسمة من ثلثه بخمسمائة درهم ، فاشترى الوصي بأقلّ من خمسمائة درهم و فضلت فضلة فما ترى في الفضلة ؟ قال : تدفع إلى النسمة من قبل أن تعق ، ثمّ تعق عن الميت » (٢).

و لا يخفى أنّ تعيين القيمة في كلام الموصي أو الموكل ليس بمعنى عدم الاجازة في الاشتراء بأقلّ حتّى يقال في المقام بأنّ الرّواية محمولة على صورة التعذّر ومع عدمه يكون تبديلاً للوصيّة ، نعم إذا كان نظر الموصي لغرض إلى خصوص الثمن المعين فلا بدّ من الصبر و توقع ما أوصى به .

﴿ الثامنة تصرّفات المريض إن كانت مشروطة بالوفاة فهي من الثلث و إن كانت منجزة و كان فيها محاباة أو عطية محضة فقولان : أشبههما أنّها من الثلث ﴾ .

تصرّف المريض إن كان بنحو الوصيّة فلا إشكال في نفوذه من الثلث و قد سبق الكلام فيه ، و ألحق بها التدير والنذر المؤجل بالموت و ادّعى الاجماع عليه . و أمّا

(١) الفقيه ص ٥٣٨ .

(٢) الكافي ج ٢ ص ١٩ .

التصرّفات المنجزة ففي حال الصحة لا إشكال فيها .

وأما ما وقع منها في مرض الموت من قبيل الصلح الحبائي أو عطية محضة أو عتق و نحوها مما يوجب نقصان التركة و تضرر الورثة ففيها الخلاف ، و قد سبق الكلام فيها في كتاب الحجر .

﴿ أما الاقرار للاجنبي فان كان متهماً على الورثة فهو من الثلث و إلا فهو من الأصل و للوارث من الثلث على التقديرين ، و منهم من سوى بين القسمين . التاسعة أرش الجراح و دية النفس يتعلق بهما الديون و الوصايا كسائر أموال الميت ﴾ .

أما الاقرار فمقتضى القاعدة فيه نفوذه مطلقاً بالنسبة إلى الأجنبي و الوارث لكن ورد في المقام أخبار لا بد من الجمع بينها وبين عموم « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » منها صحيحة منصور بن حازم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن لم عليه ديناً ؟ فقال : إن كان الميت مرضياً فأعطه الذي أوصى له ، ^(١) .

ومنها موثقة أبي أيوب ، عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً ؟ فقال : إن كان الميت مرضياً فأعطه الذي أوصى له ، ^(٢) .

ومنها صحيحة ابن مسكان ، عن العلاء بن رباح السابري قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالاً فلما حضرها الموت قالت له : إن المال الذي أودعته إياك لفلانة ، و ماتت المرأة وأتى أولياؤها الرّجل فقالوا له : إنه كان لصاحبتنا مالاً و لا نراه إلا عندك فاحلف لنا مالنا قبلك شيء . أبحلف لهم ؟ فقال : إن كانت مأمونة فيحلف لهم و إن كانت متهمة فلا يحلف ويضع الأمر على ما كان فانما لها من مالها ثلثه ، ^(٣) .

و منها صحيحة إسماعيل بن جابر قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أقرّ لوارث له وهو مريض - بدين ، قال : يجوز عليه إذا أقرّ به دون الثلث ، .

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٨ ، و الكافي ج ٧ ص ٢١ و ٢٢ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٢٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٣٧٨ .

فنقول : قد يجمع بين هذه الصحيحة و بين صحيحة منصور و الموثقة بتقييدها بصورة التهمة ، و فيه إشكال حيث إن صورة التهمة نادرة أو يكون غير غالبية فكيف يحمل المطلق الوارد في مقام البيان بنحو القانون على النادر أو غير الغالبة و إن قيد صحيحة منصور و الموثقة بهذه الصحيحة لزم عدم نفوذ الاقرار بالنسبة إلى الوارث في صورة عدم كون المقر مرضياً لا بالنسبة إلى الأصل ولا بالنسبة إلى الثلث ، وهذا مناف لما رواه في الكافي والشيخ في التهذيب في الصحيح عن أبي ولاد قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين له عليه ؟ قال : يجوز له ذلك قلت : فان أوصى لوارث بشيء ؟ قال : جائز ، ^(١) فان عومل في صحيحة إسماعيل بن جابر و صحيحة منصور و الموثقة معاملة المتعارضين يكون المقيّد لصحيحة أبي ولاد أحد المتعارضين المأخوذ به و يكون هو المقيّد لصحيحة أبي ولاد فالمقيّد لها إما صحيحة منصور بن حازم و الموثقة أو صحيحة إسماعيل بن جابر ، إلا أن يقال : القيد المذكور في صحيحة منصور و الموثقة كون المقر مرضياً وهذا غير كونه متهماً ، فلا مانع من أن يقال جمعاً بين الطرفين : إذا كان مرضياً بمعنى كونه عدلاً أو ما يقرب منه يعطى المقر به و إن زاد عن الثلث و إن كان غير مرضي ، و لعله الغالب يعطى ما لا يزيد عن الثلث بناء على تفسير دون الثلث بهذا فلا يلزم المحذور المذكور على تقدير إرادة غير المتهم من المرضى و لا مانع من تقييد صحيحة أبي ولاد في صورة عدم كون المقر مرضياً بالثلث هذا في صورة الاقرار للوارث ، وأما صورة الاقرار للاجنبي فمقتضى صحيحة ابن مسكان المذكورة التفصيل بين المأمونة و المتهمة فان كانت الموصية مأمونة بمعنى عدم إرادة الاضرار بالورثة فاقرارها نافذ في المقر به و إن كانت زائدة عن ثلثها ، وإن كانت متهمة فالظاهر من آخر الرواية نفوذه في الثلث حيث إنه لا يكون باختيارها إلا ثلث متروكاتها و أما تعلق الدّيون و الوصايا بأرث الجراح و دية النفس فيدل عليه ما رواه محمد بن يعقوب عن أبي علي الأشعري ، عن محمد بن عبد الجبار ، عن صفوان بن يحيى ، عن يحيى

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٣٧٨ .

الازرق ، عن أبي الحسن عليه السلام في رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالا ، فأخذ أهله الدية من قاتله عليهم أن يقضوا دينه ؟ قال : نعم ، قلت : وهو لم يترك شيئا ؟ قال : إنما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه ،^(١).

و ما رواه الشيخ بإسناده ، عن الصفار ، عن يعقوب بن يزيد ، عن غياث بن-كلوب ، عن إسحاق بن عمار ، عن جعفر عليه السلام ، أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : إذا قبلتدية العمد فصارت مالا فهي ميراث كسائر الأموال ،^(٢) و المستفاد من الرواية أن من يأخذ الدية عليه أن يقضى الدين وحيث إن الدين مقدّم على الارث يكون القضاء مقدّماً ، و المستفاد من الثانية أن الدية كسائر الأموال المتروكة فيكون الدين و الوصية مقدّمين على الارث من غير فرق بين دية الجراح أو القتل .

كتاب النكاح

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين ، الصلاة و السلام على محمد وآله الطاهرين
✽ كتاب النكاح وأقسامه ثلاثة الأوّل في الدائم وهو يستدعى فصلاً : الأوّل
في صيغة العقد و أحكامه و آدابه . أمّا الصيغة فالإيجاب و القبول و يشترط النطق بأحد
ألفاظ ثلاثة « زوّجتك » و « أنكحتك » و « متعتك » . و القبول وهو الرضا بالإيجاب
و هل يشترط وقوع تلك الألفاظ بلفظ الماضي ؟ الأحوط نعم ، لأنّه صريح في الانشاء .
ولو أتى بلفظ الأمر كقوله للوليّ زوّجنيها ، فقال : زوّجتك ، قيل : يصح كما في قصة
سهل الساعدي ، ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله أتزوّجك ، قيل : يجوز كما في خبر أبان
عن الصادق عليه السلام في المتعة أتزوّجك ، فإذا قالت : نعم فهي امرأتك ، ولو قال : زوّجت
بنتك من فلان ، فقال : نعم ، فقال الزوج ، قبلت ، صحّ لأنّه يتضمّن السؤال . ولا

يشترط تقديم الإيجاب ولا تجزي الترجمة مع القدرة على النطق ، و تجزي مع العذر كالأعجم وكذا الإشارة للأخرس .

النكاح الدائم حاله حال سائر المعاملات المتعارفة بين الناس ففي مقام الانشاء ما تعارف الانشاء به و لم يردع الشارع عنه يحكم بالصحة شرعاً ، و على هذا فالقيود المحتملة اعتبارها في مقام الانشاء إن كانت معتبرة عند العرف فلا بد من اعتبارها شرعاً فلا بد من ملاحظة العرف وما يتعارف بينهم ، و لعلهم لا يكتفون في النكاح الدائم بغير أنكحت و زوجت في عرف العرب . و أما لفظ تمتع فيشكل الاكتفاء به مع أن المتعة موضوعة لما هو غير متعارف بين الناس وإنما تشريعها من قبل الشارع ، و ربما يستدل على الصحة بلفظ تمتع بما ورد في الأخبار من أنه إذا أخل بذكر الأجل ينقلب دائماً ويشكل بأنه لم يظهر في خبر أبان كون الانشاء بلفظ تمتع ولعله كان بلفظ أنكحت أو زوجت ومقتضى الاحتياط عدم الاكتفاء بلفظ الأمر و بقبول نعم ، وتقديم الإيجاب على القبول والقبول بلفظ قبلت لا بلفظ رضيت للزوم الاحتياط في أمر الفروج والقصة المشار إليها ما روي بطرق من الخاصة والعامة في الصحيح و هو أن امرأة أنت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله إنني وهبت لك نفسي وقامت قياماً طويلاً فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله ﷺ : هل عندك من شيء تصدقها إياه ، فقال : ما عندي إلا إزارى هذا ، فقال : إن أعطيتها إزارك جلست بلا إزار التمس ولو خاتماً من حديد فلم يجد شيئاً فقال رسول الله ﷺ : هل معك من القرآن شيء قال : نعم سورة كذا و سورة كذا سور سماها فقال رسول الله ﷺ : زوجتك بما معك من القرآن ، (١) .

فلا يخفى أن مثل زوجني عند العرف لا يعد قبولاً بل هو طلب للعقد ، والرأية حكاية ما وقع في الجملة ولم يظهر كونها حكاية لجميع الخصوصيات ، و أما خبر أبان فلا إشكال فيه من جهة الانقلاب وسيجىء الكلام فيه إن شاء الله .

(١) سنن أبي داود ج ١ ص ٤٨٦ و نحوه في الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ والتهذيب ج ٢

و أما ما ذكر من الاقتصار على اللفظ الصريح دون غيره فلم يعلم وجهه حيث إن العقلاء لا يفرقون بين الاخبار والانشاء وكما لا يعتبر في الاخبار الصراحة كذلك في الانشاء هذا غاية ما يمكن تقريبه للاقتصار بالألفاظ المخصوصة هذا وللنظر في ما ذكر مجال حيث إنه مع وجود الاطلاق ماوجه التقييد بكون الانشاء بالنحو المتعارف وكذلك التقييد بصراحة اللفظ كما في كلامهم ، وأما العريثة في الصيغة فلولا شبهة الاجماع على اعتبارها لأمكن القول بعدم اعتبارها مع أن المعروف أن لكل قوم نكاحاً مع أن غير العرب كانوا ينشأون نكاحهم بلغاتهم المختلفة ، و بناء الشرع على إمضاء نكاحهم إلا ما لا يجوز شرعاً ، والمتسالم عليه عندهم جواز الانشاء بغير اللغة العريثة مع الجز ولزوم النكاح ولم يظهر وجه الجواز مع لزوم العريثة إلا أن يقوم الإجماع على الصحة كما ادعى الإجماع على كفاية إشارة الأخرس .

﴿ وأما الحكم فمسائل : الأولى لاحكم لعبارة الصبي ولا المجنون ولا السكران وفي رواية إذا زوّجت السكرى نفسها ثم أفافت فرضيت به أو دخل بها وأقرته كان ماضياً ﴾ .

أما الصبي فالمعروف عدم الاعتبار بعبارة نفسه ولغيره فان تمّ الاجماع وإلا فيشكل لأن غاية ما يستفاد من الأدلة عدم جواز أمره بالاستقلال ، وأما مع إجازة الولي فلا مانع بل بحسب بعض الأخبار يجوز وصيته بالاستقلال . وقد مرّ الكلام فيه في كتاب البيع . وأما المجنون فلا إشكال في أنه لاحكم لعبارة . وأما السكران فإن كان مثل المجنون فالظاهر أن حاله حال المجنون ، وإن لم يبلغ تلك المرتبة فيشكل الحكم بعدم صحة عبارته ، وفي رواية محمد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها ، ثم أفافت فأنكرت ذلك ، ثم ظننت أنه يلزمها ففرغت منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أحلال هولها أم التزويج فاسد ؟ لمكان السكر ولا سبيل للزّوج عليها ؟ قال : إذا

اقامت معه بعد ما افاقت فهو رضى منها ، قلت : و يجوز ذلك التزويج عليها ؟ قال : نعم ، (١) .

و عن الشيخ في النهاية : و من طبعه العمل بها وحكى ، عن الصدوق بل مال إليه غير واحد من متأخري المتأخرين ولا مانع من العمل بالرّواية مع عدم بلوغ السكر إلى حدّ الجنون فإنّ المجنون لا ينسب إليه التزويج غاية الأمر أنّ حالة السكر حالة لا يميز الصّلاح و الفساد معها فمن هذه الجهة لا يحكم بمضيّ أمره فبعد صحوه وإمضائه يحكم بمضيّ أمره فلا يرد أنّه إن صحّ لا يحتاج إلى الامضاء و مع عدم الصّحة كيف يصحح بالامضاء ، لكن الامضاء تارة يكون باختياره وأخرى من جهة زعم أنّه ملزم به وبحسب القاعدة يشكّل الحكم بالصّحة في هذه الصورة ولعلّ الرّواية لا تشمل هذه الصورة ولا أقلّ من الإجمال فتأمل .

﴿ الثانية لا يشترط حضور شاهدين ولا وليّ إذا كانت الزّوجة بالغة رشيدة على الأصحّ ﴾ .

أما عدم اشتراط حضور شاهدين فلا إشكال فيه و يكفي الاطلاقات مضافاً إلى ما رواه الشيخ ، عن عدّة من أصحابنا ، عن سهل بن زياد ، عن داود النهديّ ، عن ابن أبي نجران ، عن محمد بن الفضيل قال : قال أبو الحسن موسى عليه السلام لأبي يوسف القاضي : « إن الله أمر في كتابه بالطلاق و أكّد فيه بشاهدين ولم يرض بهما إلا عدلين و أمر في كتابه بالتزويج فأهمله بلاشهود ، فأثبتم شاهدين في ما أهمل و أبطلتم الشاهدين في ما أكّد ، (٢) .

و إلى ما رواه الصدوق بإسناده ، عن حنان بن سدير ، عن مسلم بن بشير ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن رجل تزوّج امرأة ولم يشهد فقال : أمّا في ما بينه و بين الله فليس عليه شيء ، و لكن إن أخذه سلطان جائر عاقبه » (٣) .

(١) الوسائل ج ٣ ص ٢٧ أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ب ١٤١ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٧ .

(٣) النقيض ٤١٣ .

وأما اشتراط حضور الولي فسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .
 والثالثة لو ادّعى زوجية امرأة وادّعت أختها زوجيته فالحكم لبينة الرجل
 إلا أن يكون مع المرأة ترجيح من دخول أو تقديم تاريخ ، ولو عقد على امرأة وادّعى
 آخر زوجيتها لم يلتفت إلى دعواه إلا مع البينة .

مقتضى القاعدة في الفرض الأول الحكم لبينة كل منهما فإن الرجل المدّعى
 لزوجة امرأة مدّع لزوجيتها وقوله مخالف للأصل فعليه البينة والمرأة منكرة فعليها
 اليمين مع عدم البينة وكذلك أخت المرأة مدّعية والرجل منكر فعليها البينة وعلى
 الرجل مع عدم البينة الحلف ، لكن في المقام خبر مخالف لما ذكر وهو خبر الزهري ،
 عن علي بن الحسين عليه السلام « في رجل ادّعى على امرأة أنه تزوّجها بولي وشهود وأنكرت
 المرأة ذلك وأقامت أخت هذه المرأة على هذا الرجل البينة أنه تزوّجها بولي وشهود
 ولم يوقتاً وقتاً ، فكتبان البينة بينة الرجل ولا تقبل بينة المرأة لأن الزوج
 قد استحق بضع هذه المرأة وتريد أختها فساد هذا النكاح فلا تصدّق ولا تقبل بينتها إلا
 بوقت قبل وقتها أو بدخولها ، ^(١) .

والمناقشة فيه بضعف السند يدفعها عمل الأصحاب بهمن غير خلاف يعرف ، ويمكن
 أن يقال : بارة قرائن الأحوال تشهد بمضمون الرواية أعني إرادة الأخت فساد نكاح
 الرجل بالنسبة إلى أخت المدّعية فلا إشكال وأما لو لم تشهد القرائن فيشكل العمل
 بمضمون الخبر لأن الحكم في الخبر معلل والحمل على التعبد بأن يقال : كلما
 ادّعت أخت المرأة الزوجية تكون دعويها غير مسموعة للتعبد بكون دعويها لإرادة
 فساد نكاح أختها إلا في صورة سبق تاريخ العقد أو الدخول بها بعيد جداً مضافاً إلى
 بعد تعليل الحكم بأمر تعبدى ، وقد يقال في مقام التوجيه إن الأخت إما أن تعتقد في
 نفسها أن الرجل عقد عليها أو لا تعتقد سواء اعتقدت العدم أو تردّدت وعلى الثاني و
 الثالث فالمدّعى كاذبة كاشفة عن العناد ، وعلى الأول فهي لا تعلم صحة العقد الواقع

عليها إلا بمجرد عدم الاطلاع على فساد، ومع إنكار الرّجل لزوجيتها يمكنها الجمع بين معتقدها وبين إنكار الرّجل بالحمل على سبق نكاح أختها فلا وجه غالباً لتكذيب الرّجل مع عدم علمها بكذبها إلا إرادة الفساد ، نعم لو كان بينة الأخت مؤرخة لعقدها بزمان أسبق من زمان العقد على أختها توجه الحكم بتقديم بينتها وكذا لو ثبت الدخول ويمكن أن يقال : لأنسلم غلبة عدم العلم وكون منشأ اعتقاد الأخت صحة عقدها عدم الاطلاع على فسادها كما لا يخفى وعلى فرض الغلبة لا وجه لا اعتبارها إلا التعبد ، ولازم ما ذكر عدم سماع البينة على ملكية شيء لمن أقامها لأنّ شهادتهما مبنية على عدم إطلاعها بما يوجب ملكية الطرف والصور المتصورة في إقامة البينتين اثنا عشرة لأنّهما إما أن تكونا مطلقتين أو مؤرختين أو إحدیهما مطلقة والأخرى مؤرخة ، وعلى تقدير كونهما مؤرختين إما أن يتفق التاريخان أو يتقدّم تاريخ بينة الرجل أو تاريخ بينة المرأة وعلى التقادير الستة إما أن يكون قد دخل بالمدّعية أولاً ، فديقال بتقديم قولها في سبع منها وهي الست المجامعة للدخول مطلقاً باعتبار ظهوره في الزّوجية وإن كان قد يمنع ظهوره في ذلك إلا أن يفرض اقترانه بما يفيد ذلك وواحدة من الست الخالية عنه وهي ما لو تقدّم تاريخها وبقدم قوله في الخمس الباقية كما ظهر لك أنّ الصور في غير الحال المفروض ست هي عدم إقامة أحد منهما البينة أو إقامة الرّجل دونها أو بالعكس ، والثلاثة مع الدخول وعدمه وقد عرفت الحكم فيها جميعاً فتكون الصور ثمان عشرة ، ويمكن أن يقال : أمّا ما ذكر من تقديم قولها في الصور السبع من جهة الدخول فإن كان التقديم لامن جهة الخبر المذكور فمنع ظهور الدخول في الزّوجية في محله لأنّ أصالة الصحة في فعل المسلم لا يثبت الزّوجية وإن كان من جهة النصّ فلا وجه لمنع الترجيح ولا حاجة للاستظهار ، وفرض اقترانه بما يوجب الظهور بل الترجيح تعبدي لكنّه يقع الاشكال من جهة أنّ المرجح للبينة أمران سبق التاريخ و الدخول فمع سبق تاريخ بينة الرّجل كيف يقدم بينة المرأة إلا أن يقال : مرجحية سبق التاريخ من جهة التعبد وهي مخصوصة ببينة المرأة دون الرّجل وهو بعيد ولولا الخبر لأمكن أن يقال في صورة سبق تاريخ البينة بمعنى تاريخ العقد الذي قامت البينة عليه يحتاج إثبات

الزَّوْجِيَّةُ إِلَى حَالِ الدَّعْوَى إِلَى اسْتِصْحَابِ بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ السَّابِقَةِ وَعَدَمِ قَطْعِهَا بِالطَّلَاقِ أَوْ الْفَسْخِ أَوْ الْإِنْفَسَاحِ وَمَعَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ عَلَى الزَّوْجِيَّةِ الْفَعْلِيَّةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأُخْتِ لَا مَجَالَ لِلِاسْتِصْحَابِ لِتَقَدُّمِ الْأَمَارَةِ عَلَى الْأَصْلِ نَعَمْ سَبَقَ التَّارِيخُ مُوجِبٌ لِلتَّقَدُّمِ لَوْ قَطَعْنَا بِأَنَّهُ مَعَ وَقُوعِ الْعَقْدِ سَابِقاً انْقَطَعَ الزَّوْجِيَّةُ بِمِثْلِ الطَّلَاقِ وَالْفَسْخِ . ثُمَّ إِنَّ فِي الْمَقَامِ إِشْكَالاً آخَرَ وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ اسْتَظْهَرَ مِنَ الرَّوَايَةِ عَدَمَ سَمَاعِ دَعْوَى أُخْتِ الزَّوْجَةِ فِي غَيْرِ صُورَةِ الدُّخُولِ وَسَبَقَ تَارِيخُ بَيِّنَتِهَا فَلَا إِشْكَالَ وَأَمَّا إِنْ كَانَ دَعْوَاهَا مَسْمُوعَةً فَلَا بَدَّ مِنَ الْفَصْلِ وَفَصْلُهَا بَيِّنَتُهَا لَا يَتَحَقَّقُ لِدَلَالَةِ الْخَبَرِ عَلَى عَدَمِ الْإِعْتِبَارِ بِبَيِّنَتِهَا فَلَا بَدَّ مِنَ الْفَصْلِ بِيَمِينِ الرَّجُلِ لِأَنَّهُ الْمُنْكَرُ فَلِوَرْدِ الْيَمِينِ وَحَلْفَتِ الْمَرْأَةِ يَحْكُمُ بِزَوْجِيَّتِهَا وَكَيْفَ تَجْتَمِعُ زَوْجِيَّتُهَا مَعَ زَوْجِيَّةِ أُخْتِهَا إِنْ أَقَامَ الرَّجُلُ الْبَيِّنَةَ عَلَى زَوْجِيَّةِ أُخْتِهَا ، وَأَمَّا لَوْ عَقَدَ عَلَى امْرَأَةٍ وَادَّعَى الْآخَرَ زَوْجِيَّتَهَا لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى دَعْوَاهُ إِلَّا مَعَ الْبَيِّنَةِ ، وَالْدَّلِيلُ عَلَيْهِ خَبَرُ يُونُسَ قَالَ : « سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي بَلَدٍ مِنَ الْبُلْدَانِ فَسَأَلَهَا أَلَيْكَ زَوْجٌ ؟ فَقَالَتْ : لَا ، فَتَزَوَّجَهَا ، ثُمَّ إِنَّ رَجُلًا أَتَاهُ فَقَالَ : هِيَ امْرَأَتِي فَأَنْكَرْتَ الْمَرْأَةَ ذَلِكَ مَا يَلْزِمُ الزَّوْجَ ؟ قَالَ : هِيَ امْرَأَتُهُ إِلَّا أَنْ يَقِيمَ الْبَيِّنَةَ ، ^(١) وَنَحْوَهُ مَكَاتِبَةُ الْحُسَيْنِ ابْنِ سَعِيدٍ وَفِي خَبَرِ عَبْدِ الْغَزِيرِ بْنِ الْمُهْتَدِيِّ « سَأَلْتُ الرَّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ قُلْتُ لَهُ : إِنْ أَخِي مَاتَ فَتَزَوَّجَتْ امْرَأَتُهُ فَجَاءَ عَمِّي فَادَّعَى أَنَّهُ كَانَ زَوْجَهَا فَسَأَلْتُهَا عَنْ ذَلِكَ ، فَأَنْكَرَتْ أَشَدَّ الْإِنْكَارِ وَقَالَتْ مَا كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَهُ شَيْءٌ قَطُّ ، فَقَالَ : يَلْزِمُكَ إِقْرَارُهَا وَيَلْزِمُهُ إِنْكَارُهَا ، ^(٢) وَيُظْهِرُ مِنْ مَضَرِّ سَمَاعَةِ تَصْدِيقِ الرَّجُلِ الْمَدَّعِي إِنْ كَانَ ثِقَةً قَالَ : « سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً أَوْ تَمَتَّعَ بِهَا فَحَدَّثَهُ رَجُلٌ ثِقَةً أَوْ غَيْرَ ثِقَةً فَقَالَ إِنْ هَذِهِ امْرَأَتِي وَلَيْسَتْ لِي بَيِّنَةٌ ؟ فَقَالَ : إِنْ كَانَ ثِقَةً فَلَا يَقْرِبُهَا وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ثِقَةٍ فَلَا يَقْبَلُ مِنْهُ ، ^(٣) وَقَدْ يُقَالُ : إِنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الِاسْتِحْبَابِ لِلِاحْتِيَاطِ إِذْ لَمْ نَجِدْ عَامِلًا بِهِ وَلَا يَخْفَى أَنَّ الْإِحْتِيَاطَ لَا يَتَحَقَّقُ بِمَجْرَدِ عَدَمِ الْقُرْبِ بَلْ لَا بَدَّ مِنَ الطَّلَاقِ أَوْ هَبَةِ الْمُدَّةِ وَلَا تَعَرُّضٍ فِي الرَّوَايَةِ لَشَيْءٍ مِنْهُمَا ، وَلَوْ لَا الْإِشْكَالُ مِنْ جِهَةِ السَّنَدِ لَمْ يَبْعُدَ الْأَخْذُ بِمَضْمُونِهِ مِنْ جِهَةِ اعْتِبَارِ

(١) و(٢) و(٣) الوسائل ج ٣ ص ٣٨ كتاب النكاح أبواب عقد النكاح ب ٢٢ و ٢٣ .

قول الثقة كماورد الأخبار في كثير من الموارد باعتباره في الموضوعات ، ثم إن ظاهر كلماتهم أنه مع عدم البيّنة للمدّعي كانت دعواه باطلة لا يتوجّه لها عليها يمين وإن كانت منكروه ، ويمكن أن يقال : فرق بين ترتيب الأثر في غير مقام فصل الخصومة وبين مقام فصل الخصومة ألا ترى أن اليد حجة وأماره للملكية و يترتب عليها جواز البيع والاشتراء ، لكنّه لا يفصل بها الخصومة في مقام الدّعى ففي المقام لا يترتب على دعوى الزوجية أثر ويعامل الرجل الزوج مع المرأة معاملة الزوجية مالم يقيم الآخر البيّنة ولا ينافي هذا سماع الدّعى من الآخر ، فالزوجة إما تقر بالزوجية له أو تنكر ، ومع الانكار يتوجّه عليها اليمين أو يرد فيحلف الآخر ، غاية الأمر لا يوجب إقرارها خروجها عن زوجية الزوج الفعلي لكون الإقرار في حق الغير والظاهر أنه إذا طلقها الزوج أو مات تكون محكومة بزوجة الآخر ، وكذلك لو ردّت اليمين وحلف الآخر . وقد يقال : إن من لوازم الإقرار وما في حكمه ثبوت مهر المثل على الزوجة للمدّعي لحيلولتها بينه وبين البضع بالعقد الثاني كما لو باع شيئاً على أنه له ثم أقرّ به لزيد فإنه يغرم للمقر له عوضه مثلاً أو قيمة ويشكل من جهة أنه لا دليل على زمان البضع بقول مطلق كيف ولازمه أنه لو حبس زوجة حرّة لأحد كلن الحابس ضامناً ولاأظن أن يلتزم به ، وما ذكر من أنه لو أقرّ لزيد بعد البيع يغرم فتارة لم يقرّ للمشتري بالملكية له وإنما وقع البيع وأخرى أقرّ للمشتري بالملكية له ففي الصورة الاولى لم يبعد الغرامة حيث إنه لا ينفذ إقراره في حق المشتري وفي الثانية وإن اشتهر في أمثاله ما ذكر من أنه يعطي المقرّ به المقرّ له أولاً ويعطي المثل أو القيمة المقرّ له ثانياً لكنه مشكل للقطع بكذب أحد الاقرارين فكيف يكون كل منهما نافذاً وتنزيل المقام بالحكم بطهارة واجدي المنى في الثوب المشترك كما في كلمات بعض الاعلام غير مسلم حيث إن الحاكم يريد أن يحكم بلزوم الغرامة مع القطع بكذب أحد الاقرارين ، وللتكلم فيه مقام آخر .

الرابعة لو كان لرجل عدّة بنات فزوج واحدة ولم يسمّها ، ثم اختلفا في المعقود عليها فالقول قول الأب و عليه أن يسلم إليه التي قصدتها في العقد إن كان الزوج

رَأَهْنٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَأَهْنٌ فَالْعَقْدُ بَاطِلٌ ﴿١﴾ .

والأصل في ما ذكره صحيح أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام : سأله عن رجل كانت له ثلاث بنات أبكار فزوج إحدىهن رجلاً ولم يسم التي تزوج للزواج ولا للشهود ، وقد كان الزوج فرض لها صداقها فلما بلغ أن يدخل بها على الرجل بلغ الرجل أنها الكبرى من الثلاثة فقال الزوج لأبيها : إنما تزوجت منك الصغرى من بناتك قال : فقال أبو جعفر عليه السلام : إن كان الزوج رَأَهْنٌ كلهن ولم يسم له واحدة منهن فالقول في ذلك قول الأب وعلى الأب فيما بينه وبين الله أن يدفع إلى الزوج الجارية التي كان نوى أن يزوجه إياها عند عقد النكاح ، وإن كان الزوج لم يرهن كلهن ولم يسم له واحدة [منهن] عند عقد النكاح فالنكاح باطل ، ^(١) وعن الشيخ وأتباعه العمل بهذه الرواية ، واستشكل بأن الخبر يدل على أن الرؤية كافية في الصحة والرجوع إلى قول الأب وإن خالفما نواه الزوج وعدمها كف في البطلان وإن توافق مع أن الرؤية لا مدخل لها في صحة العقد وعدمها ولا تنفيذ التعيين ولا عدمها ينفيه ولا تنفيذ تفويض الأمر إلى الأب لأن التفويض إلى الأب إن كفى مع تولية القبول من غير أن يقصد معينة فلا فرق بين الرؤية وعدمها فيلزم الصحة على التقديرين ، وإن لم يكف بطل على التقديرين ولا دلالة في الرؤية ولا عدمها على شيء من الأمرين .

ويمكن أن يقال : مع مخالفة مانوى الأب مع مانوى الزوج لا عقد للزوم ورود القبول على ماورد عليه الإيجاب في صدق العقد ولا حاجة مع توافق الإيجاب والقبول إلى تفويض الأمر إلى الأب ولم يظهر من الرواية فرض التفويض ، نعم يتوجه الاشكال لأننا لانفهم وجه مدخلة الرؤية في الصحة وعدمها في البطلان ومن الممكن أن يكون الحكم بالبطلان في المقام نظير الحكم بالبطلان إذا تداعيا في العقد الواقع وتحالفا مع عدم البيئة فيحكم بالبطلان مع القطع بوقوع العقد الصحيح في البين .

﴿٢﴾ وأما الآداب فقسمان الأول آداب العقد ويستحب له أن يتخير من النساء البكر العفيفة الكريمة الأصل ، وأن يقصد السنة لا الجمال والمال وربما حرهما ، و

يُصَلِّي رَكْعَتَيْنِ وَيَسْأَلُ اللَّهَ تَعَالَى أَنْ يَرْزُقَهُ مِنَ النِّسَاءِ أَعْفَنَ وَأَحْفَظَهُنَّ وَأَوْسَعَهُنَّ رِزْقًا وَأَعْظَمَهُنَّ بَرَكَةً، وَيَسْتَحِبُّ الشَّهَادَ وَالْإِعْلَانُ وَالْخُطْبَةَ أَمَامَ الْعَقْدِ، وَإِيقَاعَهُ لَيْلًا، وَيَكْرَهُ وَالْقَمَرِ فِي الْعَقْرِ، وَأَنْ يَتَزَوَّجَ الْعَقِيمُ ﴿١﴾.

أَمَّا اسْتِحْبَابُ تَخْيِيرِ الْبَكْرِ فَلَمَّا رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا، عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ بوسائط، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «تَزَوَّجُوا الْإِبْكَارَ فَإِنَّهُنَّ أَطْيَبُ شَيْءٍ أَفْوَاهًا قَالَ: فِي حَدِيثٍ آخَرَ وَأَنْشَفَهُ أَرْحَامًا وَأَدْرُ شَيْءٍ أَخْلَافًا وَأَفْتَحَ شَيْءٍ أَرْحَامًا، أَمَا عَلِمْتُمْ أَنِّي أَبْهَى بِكُمْ الْأُمَمُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ حَتَّى بِالسَّقَطِ يَظَلُّ مَحْبُطًا^(١) عَلَى بَابِ الْجَنَّةِ فَيَقُولُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: أَدْخُلْ، فَيَقُولُ: لَا أَدْخُلُ حَتَّى يَدْخُلَ أَبُوَايَ قَبْلِي، فَيَقُولُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى مَلِكٌ مِنَ الْمَلَائِكَةِ ائْتِنِي بِأَبِيهِ فَيَأْمُرُ بِهِمَا إِلَى الْجَنَّةِ، فَيَقُولُ: هَذَا بِفَضْلِ رَحْمَتِي لَكَ^(٢)».

وَأَمَّا اسْتِحْبَابُ اخْتِيَارِ الْعَفِيفَةِ فَلَمَّا رَوَاهُ فِي الْكَافِي عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: سَمِعْتُ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ: «كُنَّا عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: إِنَّ خَيْرَ نِسَائِكُمُ الْوَلُودُ الْوُدُودُ الْعَفِيفَةُ، الْعَزِيزَةُ فِي أَهْلِهَا، الذَّلِيلَةُ مَعَ بَعْلِهَا، الْمُتَبَرِّجَةُ مَعَ زَوْجِهَا، الْحَصَانُ عَلَى غَيْرِهِ، الَّتِي تَسْمَعُ قَوْلَهُ وَتَطِيعُ أَمْرَهُ، إِذَا خَلَى بِهَا بَذَلَتْ لَهُ مَا يَرِيدُ مِنْهَا، وَلَمْ تَبْذُلْ كِتْبَذُلَ الرَّجُلِ. ثُمَّ قَالَ: أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِشَرِّ نِسَائِكُمُ الذَّلِيلَةُ فِي أَهْلِهَا، الْعَزِيزَةُ مَعَ بَعْلِهَا، الْعَقِيمُ الْحَقُودُ الَّتِي لَا تَوَرَّعُ عَنْ قَبِيحِ الْمُتَبَرِّجَةِ إِذَا غَابَ عَنْهَا بَعْلُهَا، الْحَصَانُ مَعَهُ إِذَا حَضَرَ، لَا تَسْمَعُ قَوْلَهُ وَلَا تَطِيعُ أَمْرَهُ، وَإِذَا خَلَا بِهَا بَعْلُهَا تَمَنَّتْ مِنْهُ كَمَا تَمْنَعُ الصَّعْبَةَ عَنْ رُكُوبِهَا، لَا تَقْبَلُ لَهَا عِذْرًا وَلَا تَغْفِرُ لَهُ ذَنْبًا^(٣)».

وَأَمَّا اسْتِحْبَابُ اخْتِيَارِ الْكَرِيمَةِ الْأَصْلِ الْمَفْسُورَةِ بِأَنْ لَا تَكُونَ مِنْ زَنَا أَوْ حَيْضٍ أَوْ شَبْهَةٍ أَوْ مَمْنٍ تَنَالُ أَحَدًا مِنْ آبَائِهَا وَأُمَمَّهَا تَهَا الْأُلسُنَ فَلِلْخَبَرِ عَنْ سَيِّدِ الْبَشَرِ ﷺ

(١) بِالْحَاءِ الْمَهْمَلَةِ وَالطَّاءِ وَتَقْدِيمِ الْبَاءِ عَلَى النُّونِ بِالْهَمْزِ وَغَيْرِهَا - الْمُتَغَضِّبُ الْمُتَغْلَى

غَيْظًا، الْمُسْتَبْطَى لِلشَّيْءِ، وَقِيلَ هُوَ الْمَمْنَعُ امْتِنَاعَ طَلْبَةِ لَامْتِنَاعِ أَبَاءِ.

(٢) الْمَصْدَرُ ج ٥ ص ٣٣٢.

(٣) الْمَصْدَرُ ج ٥ ص ٣٢٢ وَ ٣٢٥.

«إياكم وخضراء الدُّمن قيل : يا رسول الله ﷺ ، و ما خضراء الدُّمن؟ قال: المرأة الحسناء في منبت السوء» ^(١) وقيل : المراد من كريم الأصل من لم يكن مساً آباءها رق، وقيل بأن يكون أبواها صالحين .

و أمّا استحباب أن يقصد السنة لا الجمال و لا المال فلقول الصادق عليه السلام على المحكي : «من تزوّج امرأة يريد مالها ألجأ إلى ذلك المال» ^(٢) .

وقال أيضاً على المحكي : «إذا تزوّج الرجل المرأة لجمالها أو مالها و كل إلى ذلك وإذا تزوّجها لدينها رزقه الله الجمال والمال» ^(٣) .

و عن أبي جعفر عليه السلام عن رسول الله ﷺ «من تزوّج امرأة لا يتزوَّجها إلا لجمالها لم يرفيها ما يحب، ومن تزوّجها لمالها لا يتزوَّجها إلا له و كله الله إليه فعليكم بذات الدِّين» ^(٤) .

و عنه عليه السلام أيضاً «من تزوّج امرأة لمالها و كله الله تعالى إليه ، ومن تزوّجها لجمالها رأى فيها ما يكره ، ومن تزوّجها لدينها جمع الله له ذلك» ^(٥) .

و أمّا استحباب صلاة ركعتين فلقول الصادق عليه السلام على المحكي : «إذا هم أحدكم بالتزوُّج فليصل ركعتيه ويحمد الله و يقول : اللهم إني أريد أن أتزوَّج اللهم فقد ر لي من النساء أعفهن فرجاً وأحفظهن لي في نفسها وفي مالي وأوسعهن رزقاً وأعظمهن بركة واقدر لي منها ولداً طيباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي و بعد موتي» ^(٦) .

و أمّا استحباب الاشهاد في الدّائم فلقول أبي الحسن عليه السلام على المحكي في مكتبة المهلب الدّلال : «التزوُّج الدّائم لا يكون إلا بوليٍّ وشاهدين» ^(٧) .

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٣٢ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٥ ص ٣٣٣ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٦ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٦ .

(٦) نحوه في الكافي ج ٥ ص ٥٠١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٨ والفتاوى ص ٤١٢ .

(٧) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ والاستبصار ج ٣ ص ١٤٦ .

و المعروف بين الشيعة عدم الوجوب بل الوجوب مذهب العامة و مذهب ابن أبي عقيل من الخاصة ، و الخبر محمول على التقيّة و قد سبق بعض الأخبار الدّالة على عدم الوجوب ، و يظهر من بعض الأخبار « إنّما جعلت البيّنة في النكاح من أجل المواريث ^(١) » .

وأما استحباب الاعلان فلا أمر به في النبويّ فعنه عليه السلام « اعلنوا لهذا النكاح » ^(٢) .
ولما روي « أن النبيّ صلى الله عليه وآله كان يكره نكاح السرّ حتى يضرب بدفّ ، ويقال : أتيناكم أتيناكم فحيثونا نحيكم » ^(٣) .

وأما استحباب الخطبة فللنّاسي بالنبيّ والأئمة عليهم الصلاة والسلام ، وخطبهم منقولة في ذلك مشهورة .

وأما استحباب إيقاع العقد ليلاً فللنبويّ « أمسوا بالأملاك فانه أعظم للبركة » ^(٤) .
وقول الرّضا عليه السلام على المحكي : « من السنة التزويج بالليل إن شاء الله تعالى جعل الليل سكناً ، والنساء إنما هنّ سكنٌ » ^(٥) .

و أمّا كراهه إيقاعه في العقرب فلقول الصادق عليه السلام على المحكي « من تزوّج والقمر في العقرب لم ير الحسنى » ^(٦) و حملت الرّواية على إرادة البرج من العقرب لا المنازل المنسوبة إليه وهي الزُّبانا والاكليل والمقلب والشولة لأنّ القمر تحلّ في البروج الاثنى عشر في كلّ شهر مرّةً و جملة المنازل التي هذه الأربع بعضها ثمانية و عشرون

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٧ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٨ و اللفظ له .

(٢) أخرجه ابن ماجه تحت رقم ١٨٩٥ و الترمذی ص ١٧٥ باب ماجاء في اعلان النكاح .

(٣) أخرجه ابن ماجه تحت ١٩٠٠ .

(٤)

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٦٦ و التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٨ و ٢٣٢ .

مقسومة على البروج الاثنى عشر فيخص كل برج منها منزلتان فللعقرب من هذه الأربيع ماغيره ، قال في المسالك : و الذي بينه و بين أهل هذه الشأن أن للعقرب من المنازل القلب و ثلثا الاكليل و ثلثا الشولة ، و ذلك منزلتان و ثلث ، و أما الزهرا و ثلثا الاكليل فهو من برج الميزان كما أن ثلث شولة الأخير من برج القوس - إلى أن قال :- ولا كراهة في منزلة الزهرا مطلقاً و أما المنزلتان المنتظرتان فان أمكن حفظهما وإلا فينبغي اجتنابه والقمر فيهما حذراً من الوقوع فيما كره فيهما .

وفي كشف اللثام والمبسوط أن لفظ الخبر معوّل على عرف أهل النجوم ولا يريدون بمثله إلا الكون في البرج بالمعنى المعروف عندهم مع الأصل فيما زاد الثلث بل الظاهر أن الخبر معوّل على ما يرى عند عامة الناس من كون القمر في العقرب لا على ما يقرّره أهل النجوم من الدّرجات والدقائق و نحو ذلك مما هو جار على مصطلحاتهم و لكن الاحتياط لا ينبغي تركه .

و أما كراهة تزويج العقيم فلما في الخبر الرّاجع إلى استحباب اختيار العفيفة المذكور ، ولما في بعض الأخبار « الحصر في ناحية البيت خير من امرأة لاتلد » . و يمكن أن يقال : استفادة الاستحباب الشرعي أو الكراهة لاتخلو عن الاشكال بالنسبة إلى بعض الأخبار الواردة بل الظاهر أنّه من قبيل الارشاد كلاهما الطيب و نواهيّه .

﴿ القسم الثاني في آداب الخلوة ، يستحب صلاة ركعتين إذا أراد الدخول و الدّعاء و أن يأمرها بمثل ذلك عند الانتقال ، و أن يجعل يده على ناصيتها و يكونا على طهر ، و يقول : اللهم على كتابك تزوّجتها - إلى آخر الدّعاء - ، و أن يكون الدخول ليلاً ، و يسمى عند الجماع ، و أن يسأل الله تعالى أن يرزقه ولداً ذكراً ﴾ .

أما استحباب الصلاة ركعتين والدّعاء بعدهما و أمرها بمثل ذلك عند الانتقال فلصحيح أبي بصير قال : « سمعت رجلاً يقول لأبي جعفر عليه السلام : جعلت فداك إنني رجل قد أسنفت وقد تزوّجت امرأة بكر أصغيرة ولم أدخل بها ، وأنا أخاف أنها إذا دخلت عليّ فرأتني أن تكرهني لخضائي وكبري ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إذا دخلت عليك فمرهم قبل

أن تصل إليك أن تكون متوضئة ثم أنت لا تصل إليها حتى تتوضأ وتصلّي ركعتين ، ثم مرهم يأمرها أن تصلّي أيضاً ركعتين ثم تحمد الله تعالى وتصلّي على محمد وآله ثم ادع الله ، و مر من معها أن يؤمنوا على دعائك ، ثم ادع الله وقل : اللهم ارزقني إلفها وودّها ورضاها بي ، وارضني بها واجمع بيننا بأحسن اجتماع وآنس ابتلاف فانك تحبّ الحلال وتكره الحرام ،^(١) .

و أما استحباب جعل يده على ناصيتها فلخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام فليضع يده على ناصيتها إذا دخلت عليه و يقول : « اللهم على كتابك تزوّجتها و في أمانتك أخذتها و بكلماتك استحللت فرجها فان قضيت في رحمها شيئاً فاجعله ذكراً مسلماً سوياً ولا تجعله شرك شيطان » قلت : وكيف يكون شرك شيطان؟ فقال : إن الرجل إذا دنا من المرأة و جلس مجلسه حضره الشيطان فان هو ذكر الله فقد تنحى الشيطان و إن فعل فلم يسمّ أدخل الشيطان ذكره فكان الحمل منهما جميعاً ، والنطفة واحدة^(٢) .

و في خبر أبي بصير الآخر أيضاً « إذا دخلت بأهلك فخذ بناصيتها واستقبل القبلة و قل : اللهم بأمانتك أخذتها و بكلماتك استحللتها فان قضيت لي منها ولداً فاجعله مباركاً تقيّاً من شيعه آل محمد ولا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً »^(٣) .

و في خبره الثالث ما يستفاد منه استحباب هذا الدعاء كلما أتى أهله قال : قال لي أبو عبد الله عليه السلام : « يا أبا محمد إذا أتيت أهلك فأمر شيء تقول ؟ قال : قلت : جعلت فداك وأطيق أن أقول شيئاً ؟ قال : بلى قل : اللهم بكلماتك استحللت فرجها ، وبأمانتك أخذتها ، فان قضيت في رحمها شيئاً فاجعله تقيّاً ذكياً ، ولا تجعل فيه شركاً للشيطان الحديث »^(٤) .

أما استحباب كون الدخول ليلاً فلقوله عليه السلام « زفوا عرايسكم

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٠١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٠١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥٠٠ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٠٣ .

ليلاً وأطعموا ضحى ، (١) .

و أما استحباب التسمية عند الجماع فلما ذكر في الخبر المتعبر من لوضع اليد على الناصية .

وأما استحباب أن يسأل الله - الخ ، فلقول الباقر عليه السلام على المحكي : «إذا أردت الجماع فقل : اللهم أرزقني ولداً واجعله تقياً ذكياً مباركاً ليس في خلقه زيادة ولا نقصان واجعل عاقبته إلى خير ، (٢) .

﴿ ويكره الجماع ليلة الخسوف ويوم الكسوف ، وعند الزوال ، وعند الغروب حتى يذهب الشفق ، وفي المحاق ، و بعد الفجر حتى تطلع الشمس ، وفي أوّل ليلة من كلّ شهر إلا شهر رمضان ، وفي ليلة النصف ، وفي السفر إذا لم يكن معه ماء للفصل ، وعند الزلزلة و الرّيح الصفراء و السوداء ، و مستقبل القبلة و مستدبرها ، و في السفينة ، و عارياً ، و عقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء ، و الجماع و عنده من ينظر إليه ، و النظر إلى فرج المرأة ، و الكلام عند الجماع بغير ذكر الله تعالى ﴾ .

أما كراهة الجماع في الأوقات المذكورة فلخبر سالم عن أبي جعفر عليه السلام قلت : وهل يكره الجماع في وقت من الأوقات وإن كان حلالاً ؟ قال : نعم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس ، ومن مغيب الشمس إلى مغيب الشفق ، و في اليوم الذي تنكسف فيه الشمس و في الليلة التي ينخسف فيها القمر ، و في الليلة و في اليوم اللذين يكون فيهما الرّيح السوداء و الرّيح الحمراء و الرّيح الصفراء ، و اليوم و الليلة اللذين تكون فيهما الزلزلة ، و قد بات رسول الله صلى الله عليه وآله عند بعض أزواجه في ليلة انكسف فيه القمر فلم يكن منه في تلك الليلة ما كان يكون منه في غيرها حتى أصبح فقالت له : يا رسول الله ألبغض كان هذا منك في هذه الليلة ؟ قال : لا و لكن هذه الآية ظهرت في هذه الليلة فكرهت أن أتلدّن و ألهو فيها ، و قد عيّر الله تعالى أقواماً فقال عزّ و جلّ في كتابه « وإن يروا كسفاً من السماء ساقطاً يقولوا سحاب مركوم فذرهم حتى يلاقوا يومهم

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٦٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩ .

الذي فيه يصعقون ، ثم قال أبو جعفر عليه السلام و أيم الله لا يجامع أحدٌ في هذه الأوقات التي نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عنها وقد انتهى إليه الخبر فيرزق الله ولداً فيرى في ولده ذلك ما يحب ، (١) .

وما عن محمد بن خالد البرقي ، عن أبيه عمن ذكره ، عن أبي الحسن موسى ، عن أبيه ، عن جده عليه السلام قال : « كان في ما أوصى به رسول الله صلى الله عليه وآله علياً صلوات الله عليهما قال : يا علي لا تجامع أهلك في أوّل ليلة من الهلال ، ولا في ليلة النصف ، ولا في آخر ليلة فانه يتخوف على ولد من يفعل ذلك الخبل ، فقال علي عليه السلام : ولم ذاك يا رسول الله ؟ فقال : إن الجن يكثرون غشيان نسايتهم في أوّل ليلة من الهلال و ليلة النصف و في آخر ليلة ، أما رأيت المجنون يصرع في أوّل الشهر وفي آخره وفي وسطه ، (٢) .

وما عن سليمان بن جعفر الجعفري عن أبي الحسن موسى عليه السلام « من أتى أهله في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد ، (٣) .

وروى في الكافي ، عن ضريس ، عن عبد الملك قال : « بلغ أبو جعفر عليه السلام أن رجلاً تزوّج في ساعة حارّة عند نصف النهار ، فقال أبو جعفر : ما أراهما يتفقان ، فافترقا ، (٤) .

وعن زراره في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام « أنه أراد أن يتزوّد امرأة فكره ذلك أبوه ، قال : فمضيت فتزوّدتها حتى إذا كان بعد ذلك زرتها فنظرت فلم أرها يعجبني ، فقامت أنصرف فبادرتني القيّمة معها إلى الباب لتغلقه عليّ ، فقلت : لا تغلقه لك الذي تريد ، فلما رجعت إلى أبي أخبرته بالأمر كيف كان ، فقال لي : يا بنيّ إنه ليس عليك إلا نصف المهر ، وقال : أنت تزوّجتها في ساعة حارّة ، (٥) .

قال في الحقائق الظاهر أن المراد بالتزويج هنا الدخول و يحتمل العقد أيضاً

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩٩ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٩٧ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩ .

(٤) و (٥) المصدر ج ٥ ص ٣٦٦ .

على بعد . ولقائل أن يقول : لم نعرف وجهاً للظهور خصوصاً مع ما فيه أنه ليس عليك إلا نصف المهر .

و روي الشيخ في التهذيب ، عن محمد بن العيص أنه : سأل أبا عبد الله عليه السلام فقال : « أجامع وأنا عريان ؟ قال : لا ، ولا مستقبل القبلة ، ولا مستدبرها ، قال : وقال عليه السلام : لا تجامع في السفينة » (١) .

و روى الصدوق عن الحسين بن زيد ، عن جعفر بن محمد ، عن آبائه عليهم السلام قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يجامع الرجل أهله مستقبل القبلة ، وعلى ظهر طريق عامر فمن فعل ذلك فعليه لعنة الله و الملائكة و الناس أجمعين » (٢) .

و روى الصدوق في الفقيه والشيخ مرسلأ ، وفي العلل مسنداً قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : يكره أن يغشى الرجل المرأة وقد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي رأى فان فعل فخرج الولد مجنوناً فلا يلومن إلا نفسه » (٣) .

و روي عن ابن [أبي] خن [خن] راشد ، عن أبيه قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لا يجامع الرجل امرأته ولا جاريتها وفي البيت صبي » ، فإن ذلك مما يورث الزنا ، (٤) .

و عن عبد الله بن الحسين بن زيد ، عن أبيه ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : و الذي نفسي بيده لو أن رجلاً غشى امرأته وفي البيت صبي مستيقظ يراهما و يسمع كلامهما و نفسهما ما أفلح أبداً ، إن كان غلاماً كان زانياً أو جارية كانت زانية » (٥) .

و روى الشيخ عن سماعة في الموثق قال : « سألت عن الرجل ينظر إلى فرج المرأة وهو

(١) المصدر ج ٢ ص ٢٢٩ .

(٢) المصدر في مناهي النبي (ص) ص ٢٢٦ .

(٣) المصدر ص ٤١٥ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٤) و (٥) الكافي ح ٥ ص ٥٠٠ .

يجامعها قال : لا بأس به إلا أنه يورث العمى ،^(١)

و بإسناده إلى أبي سعيد الخدري في وصية النبي ﷺ لعلّي صلوات الله عليه
« قال : و لا ينظر أحدكم إلى فرج امرأته و ليغضّ بصره عند الجماع فإنّ النظر إلى
الفرج يورث العمى في الولد ،^(٢) » .

و روى في الكافي و التهذيب عن عبدالله بن سنان قال : « قال أبو عبدالله عليه السلام :
اتقوا الكلام عند ملتقى الختانين فإنّه يورث الخرس ،^(٣) » .

وفي حديث المناهي المذكور في آخر كتاب الفقيه قال : « نهى رسول الله ﷺ أن
يكثر الكلام عند الجامعة وقال : يكون منه خرس الولد ،^(٤) » .

وروى في الكافي عن إسحاق بن عمار في الموثق قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل
يكون أهله معه في سفر لا يجد الماء يأتي أهله ؟ قال : ما أحبّ إلا أن يخاف على نفسه ،
قلت : فطلب بذلك اللذة أو يكون شبقاً إلى النساء ؟ فقال : إن الشبق يخاف على نفسه .
قال : قلت : يطلب بذلك اللذة ؟ قال : هو حلال ، قلت : فإنّه يروى عن النبي ﷺ
أنّ أبا نذر سأل عن هذا فقال : ائت أهلك توجر ، فقال : يا رسول الله آتيهم وأوجر
فقال : رسول الله ﷺ كما أنّك إذا أتيت الحرام أذرت كذلك إذا أتيت الحلال أوجرت
فقال أبو عبدالله عليه السلام : ألا ترى أنّه إذا خاف على نفسه فأتى الحلال أوجر ،^(٥) » .

و أمّا استثناء هلال شهر رمضان فلما روي و اشتهر عند الأصحاب من استحباب
المجامعة في تلك الليلة ، فروى الصدوق مرسلًا قال : قال عليه السلام : « يستحبّ أن يأتي
الرجل أهله أوّل ليلة من شهر رمضان لقول الله عزّ و جلّ : « اُحلّ لكم ليلة الصيام

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩ و الكافي ج ٥ ص ٤٩٨ .

(٤) الفقيه ص ٤٦٦ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٩٥ .

الرَّفَث إلى نسائكم ، و الرَّفَث المجامعة ،^(١) .

مسائل: الأولى يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها وكفيتها . وفي رواية إلى شعرها ومحاسنها ، وكذا إلى أمة يريد شراءها ، وإلى أهل الذمة لأنهن بمنزلة الإماء مالم يكن لتلذذ ، و ينظر إلى جسد زوجته باطناً وظاهراً ، وإلى محارمه ما خلا العورة .

لا إشكال في جواز النظر إلى امرأة يريد نكاحها في الجملة للأخبار الكثيرة في المقام فإن قيل بحرمة النظر إلى الأجنبية يكون استثناء مورد هذه الأخبار تخصيصاً لأدلة الحرمة وإن قيل بالجواز مع الكراهة يكون تخصيصاً أيضاً لأن الظاهر من أخبار الباب عدم الكراهة بل الرُّجْحان ، وقد يقال : إن وجه التخصيص مع القول بالجواز من دون قصد النكاح في الجملة عدم انفكاك النظر في المقام عن التلذذ المحرم في النظر إلى الأجنبية بدون قصد النكاح ، ويشكل هذا مع أنه قيد في بعض أخبار المسئلة بعدم التلذذ ففي مرسل عبدالله بن الفضل عن أبي عبدالله عليه السلام قلت له : أينظر الرجل إلى المرأة يريد تزويجها فينظر إلى شعرها ومحاسنها ؟ قال : لا بأس بذلك مالم يكن متلذذاً ،^(٢) .

وما ذكر من عدم الانفكاك والتلذذ غالباً قهري ممنوع فإن من يتوجه إلى ممنوعة شيء شرعاً كيف يتلذذ وإلا لزم جواز التلذذ بالنظر إلى المحارم والوجوه الحسان مع أنه من المسلم بينهم عدم الجواز إلا أن يفرق بين التلذذ الحاصل للزوج بالنسبة إلى زوجته والتلذذ الحاصل لرؤية مثل الخضر والاوراد فلا بد من ملاحظة الأخبار الواردة في المقام فمنها حسنة محمد بن مسلم بإبراهيم بن هاشم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر إليها ؟ قال : نعم إنما يشترها بأعلى الثمن ،^(٣) .

ومنها حسنة هشام وحماد وحفص ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا بأس بأن

(١) الوسائل كتاب النكاح أبواب مقدماته وآدابه ب ٦٤ تحت رقم ٢ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٥ ص ٣٦٥

ينظر إلى وجهها و معاصمها إذا أراد أن يتزوجها ،^(١) .

و منها رواية الحسن بن السري قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يريد أن يتزوج المرأة يتأملها و ينظر إلى خلفها و إلى وجهها ؟ قال : لا بأس بأن ينظر الرجل إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها ينظر إلى خلفها و إلى وجهها ،^(٢) .

و منها ما رواه في التهذيب عن غياث بن إبراهيم ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي عليه السلام : « في رجل ينظر إلى محاسن المرأة يريد أن يتزوجها ؟ قال : لا بأس إنما هو مستام فإن يقض أمر يكون ،^(٣) .

و رواه الحميري في قرب الاسناد وفيه « و إن يقض أمر يكن ،^(٤) .

و منها ما عن يونس بن يعقوب قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة و أحب أن ينظر إليها ؟ قال : تحتجز ثم لتعقد و ليدخل فلينظر ، قال : قلت : يقوم حتى ينظر إليها ؟ قال : نعم ، قلت : فتمشي بين يديه ؟ قال : لا أحب أن تفعل ،^(٥) .

و منها ما رواه الصدوق في العلل عن يونس بن يعقوب في الموثق قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « الرجل يريد أن يتزوج المرأة يجوز أن ينظر إليها ؟ قال : نعم ، و يرقق الثياب لأنه يريد أن يشتريها بأعلى الثمن ،^(٦) .

و منها خبر عبدالله بن الفضل المذكور .

ثم إنه قد يقال بوقوع المعارضة بين الأخبار المذكورة من وجهين أحدهما ذكر الخاص فإن ظاهر ما دل على جواز النظر إلى الوجه بدون المعاصم يعارض ما دل

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٦٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٥ .

(٤) المصدر ص ٧٢ و فيه « مستامر فيما يقضى أمر يكن ، .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٩ .

(٦) المصدر ص ١٧٠ .

على جواز النظر إلى المعاصم ، وثانيهما اقتضاء الشرطية بحيث علق النظر إلى الخلف والوجه على إرادة التزويج فمقتضى القضية الشرطية عدم جواز النظر إلى غير ما ذكر ، وذلك لعدم صحة تعليل الخاص بما يكون علّة للعام ، و بعد التعارض يكون المرجع عموم مادل على حرمة النظر إلى الأجنبية ، ثم بعد التقريب المذكور جمع بين الأخبار برفع اليد عن ظهور كل نص آخر فإن مادل على الاقتصار بالوجه و الخلف نص في الجواز و ظاهر في الاختصاص ، و مادل على جواز النظر إلى المعاصم نص في جواز النظر إلى المعاصم نص على الجواز فهذا النص يرفع اليد عن ظهور الخبر في الاختصاص بالوجه و الخلف فلا بد من الاقتصار على ما ذكر في الأخبار و نتيجة هذا الجمع هو الحكم بجواز النظر إلى كل ما كانت المقيّدات صريحة في جواز النظر إليه من الوجه و الكفين و المعاصم و الخلف و الشعر و المحاسن .

و يمكن أن يقال : أمّا الاختصاص بالذكر فلا يستفاد منه اختصاص الحكم بقول المولى لعبده أكرم زيدا لا يستفاد منه نفي وجوب إكرام عمرو مثلاً ، نعم إذا كان من قبيل الموصوف بصفة يستفاد منه مدخلية الوصف و ليس المقام من هذا القبيل .
و أمّا ما ذكر من اقتضاء القضية الشرطية فمثل أكرم زيدا إن جاءك القائل بالمفهوم يقول : العلّة المنحصرة لإكرام زيد مجيئه و المنكر يقول : للمجيب مدخلية في وجوب إكرامه و ليست العلّة منحصرة بمعنى أن لا يستفاد من الكلام المذكور العلّة المنحصرة و إن أمكنت ، و أمّا اختصاص الحكم المذكور بزيد فلا يستفاد من القضية الشرطية و لا ينافي هذا الكلام مع قوله أكرم عمراً إن جاءك بل لا بد من فهم الاختصاص من دليل الآخر .

و أمّا ما ذكر من عدم صحة تعليل الخاص بما يكون علّة للعام فلم يظهر وجهه ألا ترى صحة قول الطبيب : إن كان الرئمان حامضاً فلا تأكله ، و إن كان زيد عالماً فأكرمه ، و لا ينافي ما ذكر مع عدم جواز أكل ما كان حامضاً و وجوب إكرام كل من كان عالماً .

و أمّا ما ذكر من الاقتصار بما تكون المقيّدات صريحة في جواز النظر إليه فربما

يتأمل فيه من جهة أن أخبار الباب بعضها صحيح أو حسن كالصحيح و بعضها موثقة و بعضها غير نقي السند، ولم يحرز عمل الفقهاء به فمثل خبر عبدالله بن الفضل المتعرض للشعر لعله من هذا القبيل، نعم لا يبعد الاستفادة من موثقة يونس بن يعقوب حيث علل الحكم فيها بالاشتراء بأغلى الثمن أزيد مما صرح به في الأخبار .

و أما جواز النظر إلى أمة يريد اشترائها فيدل عليه ما رواه الشيخ في التهذيب عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يعترض الأمة ليشتريها قال : لا بأس أن ينظر إلى محاسنها و يمسها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه » ^(١) . و ما رواه في التهذيب، عن حبيب بن معلى الخثعمي ، قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : إنني اعترضت جوارى المدينة فأمدت ، قال : أما لمن يريد الشراء فليس به بأس و أما لمن لا يريد أن يشتري فإنني أكرهه » ^(٢) .

وعن الحارث بن عمران الجعفري ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا أحب للرجل أن يقلب الجارية إلا جارية يريد شراءها » ^(٣) .

و ما رواه الحميري في كتاب قرب الإسناد عن الحسين بن علوان عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي عليه السلام أنه كان : « إذا أراد أن يشتري الجارية يكشف عن ساقها فينظر إليها » .

و قد يستظهر من بعضها جواز النظر إلى جميع بدنها سوى العورة حيث استثنى النظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه ، و المراد منه ما يقبح النظر إليها عرفاً ، و ليس هو خصوصاً في الإماء إلا العورة كيف ولو كان المراد منه ما يحرم النظر فيه شرعاً لزم الإجمال في مقام الجواب عن السؤال و الحوالة على المجهول الموجب لازدياد التحير ، و هو مناف لمقصود السائل و غرضه من استعلام حكم المسئلة المبتلى بها فعلاً .

و يمكن أن يقال : الأخبار المذكورة لم يذكر في كلمات الفقهاء تصحيحها و

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٣٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص

(٣) المصدر ج ٥ ص ٥٢٢ .

توثيقها بل ذكر في الحقائق ضعف السند غاية الأمر أخذهم بها في الجملة و لم يظهر أخذهم بخصوص الخبر المذكور و على فرض الأخذ بهم ما ذكر لولم يكن مسبوقاً بقوله ﷺ على المحكي : « لا بأس أن ينظر إلى محاسنها و يمسها » .

وقد سبق في كلامه قدس سره استظهار الخصوصية في جواز النظر إلى المرأة التي يريد تزويجها ، و الحاصل أنه مع الإجمال إن سلمناه يكون المرجع عموم مادل على حرمة النظر في غير ما هو المتيقن خروجه ، و أما جواز النظر إلى نساء أهل الذمة فهو المشهور و الأخبار الواردة في المقام منه ما رواه في الكافي ، عن السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال رسول الله ﷺ : لا حرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر إلى شعورهن و أيدهن » .^(١)

و منها ما رواه الحميري في كتاب قرب الإسناد عن أبي البختري ، عن جعفر ابن محمد ، عن أبيه ، عن علي بن أبي طالب صلوات الله عليهم قال : « لا بأس بالنظر إلى رؤوس النساء من أهل الذمة ، و قال : ينزل المسلمون على أهل الذمة في أسفارهم و حاجاتهم و لا ينزل المسلم على المسلم إلا بإذنه » .^(٢)

و ربما يعتضد بما رواه في الكافي عن عباد بن صهيب قال : « سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : لا بأس بالنظر إلى رؤوس نساء أهل تهامة و الأعراب و أهل السواد و العلوج لأنهم إذا نهوا لا ينتهون »^(٣) . قال : و المجنون و المغلوبة على عقلها لا بأس بالنظر إلى شعرها و جسدها ما لم يتعمد ذلك »^(٤) و رواه في الفقيه إلا أنه قال : « و أهل البوادي من أهل الذمة ، مكان « أهل السواد و العلوج » ، و فسر قوله ﷺ على

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٢٢ .

(٢) المصدر ص ٤٢ ،

(٣) في الفقيه و العلل « إذا نهين لا ينتهين » ، و قال العلامة المجلسي : في المرأة لعل

ارجاع ضمير المذكر للتجوز أو التغليب . أو المراد أن رجالهن إذا نهوا عن كشفهن وأمرنا بسترهن لا ينتهون و لا يأمرون .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٢٢ و الفقيه ص ٢٣٣ .

المحكمي « ما لم يتعمد » على وجه التلذُّذ و الميل إليه والأخبار المذكورة وإن لم تكن صحيحة ولا موثقة لكن المشهور عملوا بها في الجملة ولا بد من الاقتصار على القدر المتيقن لعموم مادل على حرمة النظر إلى الأجنبية .

وأما جواز النظر إلى جسد زوجته باطناً وظاهراً فلا كلام فيه ، وما ورد من النهي عن النظر إلى الفرج محمول على الكراهة .

و أما بالنسبة إلى المحارم ما خلا العورة فلا خلاف فيه إلا أنه قيد بعدم التلذُّذ واستشكل بعض الأعلام في حرمة التلذُّذ الذي يكون من قبيل التلذُّذ والنظر إلى البناء الحسن ونحوه بالنسبة إلى الوجوه الحسان ولعله من جهة استبعاد حرمة مثل نظر الوالدين إلى أولادهما مع التلذُّذ مع حسن الخلقة والخلق فيهم وإن كان كلمات الفقهاء مطلقة .

هو الثانية الوطي في الدُّبر فيه روايتان أشهرهما الجواز على الكراهة . الثالثة الغزل عن الحرّة بغير إذنها ، قيل : يحرم ويجب به دية النطفة عشرة دنانير ، وقيل : مكروه وهو أشبه ورخص في الإماء .

المشهور بين الأصحاب - رضوان الله تعالى عليهم - جواز الوطي في دبر المرأة المحلّة وطبها قبلاً على الكراهة ، ويدل عليه ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن علي بن الحكم قال : سمعت صفوان بن يحيى يقول قلت للرضا عليه السلام « إن رجلاً من مواليك أمرني أن أسألك عن مسألة هابك واستحي منك أن يسألك ، قال : وما هي ؟ قلت : الرجل يأتي امرأته في دبرها ؟ قال : نعم ذلك له ، قلت له : فأنت تفعل ذلك ، فقال : إنما لا نفعل ذلك ^(١) .

وما رواه في التهذيب عن ابن أبي يعفور قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي المرأة في دبرها ، قال : لا بأس إذا رضيت ، قلت : فأين قول الله عز وجل : « فاتوهن من حيث أمركم الله » ؟ قال : هذا في طلب الولد فاطلب الولد من حيث أمركم الله

إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ : « نَسَاؤُكُمْ حَرِّثَ لَكُمْ فَاتُوا حَرِّثَكُمْ أَنْتَى شَتَمٌ »^(١).

وعن موسى بن عبد الملك ، عن الحسين بن علي بن يقطين ؛ وعن موسى بن عبد الملك عن رجل قال : « سألت أبي الحسن الرضا عليه السلام عن إتيان الرجل المرأة من خلفها قال : أحلها آية من كتاب الله قول لوط « هؤلاء بناتي هن » أظهر لكم ، وقد علم أنهم لا يريدون الفرج »^(٢).

وعن حماد بن عثمان في الموثق قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام وأخبرني من سأله عن الرجل يأتي المرأة في ذلك الموضع وفي البيت جماعة ؟ - فقال لي - وقد رفع صوته - : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من كلف مملوكه ما لا يطيق فليعنه ، ثم نظر في وجه أهل البيت ثم ألقى إلي فقال : لا بأس »^(٣).

ويمكن منع ظهور هذا الخبر ولعل نظر السائل إلى الإتيان مع أن في البيت جماعة و الوقاع لا يناسب في ذلك الموضع .

وعن ابن أبي يعفور في الموثق قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام . ورواه عنه بسند آخر عن البرقي رفعه ، عن ابن أبي يعفور قال : « سألت عن إتيان النساء في أعجازهن » فقال : ليس به بأس ، وما أحب أن يفعل »^(٤).

وفي قبالة ما ذكر أخبار يظهر منها الحرمة منها ما رواه في الفقيه قال : قال النبي صلى الله عليه وآله محاش نساء أمتي على رجال أمتي حرام ،^(٥) واقتصر الصدوق في كتابه على هذه الرواية ولهذا نسب القول بالتحريم إليه .

ومنها ما رواه في التهذيب عن سدير قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : محاش النساء على أمتي حرام »^(٦).

ومنها ما رواه العياشي في تفسيره ، عن أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال :

(١) و (٢) و (٣) و (٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٥) الفقيه ص ٢٣٢ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

«سأله عن الرجل يأتي أهله في دبرها ؟ فكره ذلك و قال : إياكم ومحاش النساء و قال إنما معنى « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » أي ساعة شئتم »^(١) .

و عن زيد بن ثابت قال : سأل رجل أمير المؤمنين صلوات الله عليه أتوتى النساء في أدبارهن ؟ فقال : سفلت سفل الله بك أما سمعت الله يقول : أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحدمن العالمين^(٢) ، .

و قد يحمل هذه الأخبار على الكراهة جمعاً بينها و بين الأخبار السابقة و لا يخفى بعد هذا الجمع مع ملاحظة التعبير بالحرمة و الاستشهاد بالآية الشريفة ، و قد تحمل على التقيّة لموافقها مع أكثر العامة ، وهذا الحمل أيضاً بعيد لعدم المناسبة بين الحكم الصادر تقيّة مع الاستشهاد بقول النبي ﷺ و بالآية الشريفة ، و قد يجاب بضعف السند ، وهذا أيضاً مشكك من جهة ذهاب جماعة إلى الحرمة ففي المسالك نقل القول بالحرمة عن جماعة من علمائنا منهم القميّون وابن حمزة ، والظاهر أن اختيارهم القول بالحرمة من جهة هذه الأخبار فلا يبعد التخيير - التخيير الأصولي - .

و أما الغزل عن الحرّة ، فالمشهور جوازه على كراهة و يدل عليه ما رواه في الكافي في الموثق عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله البصريّ قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغزل قال : ذلك إلى الرجل »^(٣) .

و عن محمد بن مسلم في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لا بأس بالغزل عن المرأة الحرّة إن أحب صاحبها وإن كرهت ، وليس لها من الأمر شيء »^(٤) .

و ما رواه في الكافي و التهذيب ، عن محمد بن مسلم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغزل فقال : ذاك إلى الرجل يصرفه حيث يشاء »^(٥) .

(١) تفسير العياشي ج ١ ص ١١١ .

(٢) التفسير ج ١ ص ١١١ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٥٠٣ .

(٤) و (٥) المصدر ج ٥ ص ٥٠٣ .

و ما رواه في الكافي عن عبدالرحمن الحذائي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « كان عليُّ ابن الحسين عليه السلام لا يرى بالفرز بأساً يقرأ هذه الآية « و إذا أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذُرِّيَّتَهُمْ و أشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى ، فكلُّ شيء أخذ الله منه الميثاق فهو خارج و إن كان على صخرة صماء ^(١) ،

و عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليه السلام « أنه سئل عن الفرز فقال : أما الأمة فلا بأس و أما الحرَّة فإني أكره ذلك إلا أن يشترط عليها حين يزويها ^(٢) . و عن يعقوب الجعفي قال : « سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول : « لا بأس بالفرز في ستة وجوه : المرأة التي أيقنت أنها لا تلد ، والمسننة ، والمرأة السليطة ، والبذينة ، والمرأة التي لا ترضع ولدها ، والأمة ^(٣) ورواه في عيون الأخبار وكذا في النصال . والكراهة في لسان الأخبار و إن كانت لا تنافي الحرمة ، إلا أنه تحمل في المقام على غير الحرمة بقرينة الأخبار المطلقة .

و أما الدية فالرَّوَاية الواردة فيها موردها غير مانحن فيه بل موردها من أفرع في حال الجماع ففرز لذلك فعلى المفرع دية النطفة عشر دنائير روي ذلك صحيحاً عن علي عليه السلام والفرع الموجب للفرز غير موجود في روايات مقامنا هذا ، و ظهر من بعض أخبار الباب الترخيص بالنسبة إلى الإماء .

﴿ الرابعة لا يدخل بالمرأة حتى يمضي لها تسع سنين ولو دخل قبل ذلك لم تحرم على الأصح . الخامسة لا يجوز للرجل ترك وطئ المرأة أكثر من أربعة أشهر ، السادسة يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً ﴾ .

أما عدم جواز الدخول حتى يمضي لها تسع سنين فلا شبهة فيه ولا خلاف ، و يدل عليه ما رواه في الكافي عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لا يدخل بالجارية حتى يأتيها تسع أو عشر سنين أو عشر سبعين ^(٤) . »

(١) المصدر ج ٥ ص ٥٠٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٣) الفقيه ص ٣٢٥ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٩٨ .

و عن الحلبي في الصحيح قال : « قال أبو عبدالله عليه السلام : إذا تزوّج الرجل الجارية وهي صغيرة فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين أو عشر سنين ^(١) » .
و ما رواه المشايخ الثلاثة ، عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لا يدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين ، أو عشر سنين » ^(٢) قال بعض المحدثين : لعل المراد بالترديد لاختلافهن في كبر الجثة و صغرها و قوّة البنية و ضعفها .

ولا نعرّض في هذه الأخبار لحصول الحرمة مع الدخول قبل مضي التسع ، نعم يظهر مما رواه في الكافي عن العدة ، عن سهل ، عن يعقوب بن يزيد ، عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن يبلغ سبع سنين فرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً » ^(٣) ثم إن المراد من قوله عليه السلام على المحكي في هذه الرواية « فرّق بينهما و لم تحلّ له أبداً » ، إن كان خروجها عن الزوجية يعارضها ما دلّ على بقاء الزوجية مع الإفضاء قبل التسع كصحيفة حران عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سئل عن رجل تزوّج جارية بكرأ لم تدرك فلمّا دخل بها افتضها فأفضاها فقال عليه السلام : إن كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شيء عليه ، و إن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقلّ من ذلك بقليل حين دخل بها فافتضها فإنه قد أفسدها و عطّلها على الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه دينها ، و إن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه ^(٤) » .

و رواية بريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام في رجل افتض جارية - يعني امرأته فأفضاها ، قال عليه السلام : عليه الدية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين ، فإن أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه و إن كان دخل بها و لها تسع سنين فلا شيء عليه إن شاء أمسك و إن شاء طلق ^(٥) .

قد يقال : يرفع اليد عن رواية سهل ، عن يعقوب بن يزيد ، بعد تسليم ظهورها

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٨ . (٢) الوسائل ج ٣ ص ١٣ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٢٢٩ . (٤) الفقيه : ٢٢١ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ٣١٤ .

أو صراحتها في ارتفاع الزَّوجِيَّة من جهة ضعف الرِّوَاية سنداً من جهة سهل ومخالفة المشهور فمع تسليم التكافؤ يكون المرجع حينئذ استصحاب بقاء الزَّوجِيَّة ومن هنا ظهر ضعف القول بسبب الوطى قبل التسع للحرمة الأبدية ولو مع عدم الإيفاء إذ لا مدرك لهذا القول إلا المرسلة وهي لضعفها لا تنهض حجة في رفع اليد عن مقتضى الأصول القطعية كأصالتى بقاء الزَّوجِيَّة وحلية الوطى ، هذا مضافاً إلى إمكان حملها على ما هو الغالب من استلزام الدُّخول قبل التسع للإيفاء فيكون النظر إلى حرمة الوطى لا ارتفاع الزَّوجِيَّة وحرمة الوطى في صورة الإيفاء مسلّمة ، ويمكن أن يقال: رواية سهل مأمور بها والأمر في سهل مع نقل مثل الكليني - قدّس سرّه - كثيراً عنه وقد عمل برواية الشيخ قدّس سرّه في المقام ، ومع تسليم التكافؤ مقتضى القاعدة التخيير للمراجعة إلى الاستصحاب ، وإن سلّمنا حجة الاستصحاب في الشبهات الحكمية وحمل الرِّوَاية على الغالب من استلزام الدُّخول الإيفاء لم يظهر وجهه لمنع الغلبة والمعارضة باقية مع الحمل أيضاً .

وأما عدم جواز ترك الوطى أكثر من أربعة أشهر فالظاهر أنّه موضع وفاق بين الأصحاب ، ويدلّ عليه ما رواه في الفقيه و التهذيب في الحسن برواية الفقيه ، عن صفوان بن يحيى عن الرِّضا عليه السلام أنّه سأله « عن رجل يكون عنده المرأة الشابة فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقربها ليس يريد الإضرار بها يكون لهم مصيبة أ يكون في ذلك آثماً ؟ قال : إذا تركها أربعة أشهر كان آثماً بعد ذلك ^(١) » .

ورواه الشيخ بطريق آخر عن صفوان أيضاً مثله وزاد « إلا أن يكون باذنها » ولا يخفى أن مورد الرِّوَاية خصوص الشابة فلا تشمل غيرها ولا مجال للقطع بعدم الفرق كما لا يخفى إلا أن يتمسك بالاجماع إن لم يكن مسند المجمعين الخبر المذكور .

وأما كراهة أن يطرق المسافر أهله ليلاً فيدلّ عليها ما روى في الكافي عن عبدالله ابن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « يكره للرجل إذا قدم من سفر أن يطرق أهله

ليلاً حتى يصبح ، (١) .

و إطلاق الخبر يقتضي عدم الفرق في الكراهة بين أن يعلمهم بذلك قبل الليل و عدمه .

﴿ السابعة إذا دخل بالصبيّة لم تبلغ تسعاً فأفضاها حرم عليه وطئها مؤبداً ولم تخرج عن حبالته و لو لم يفضها لم يحرم على الأصح ﴾ .
أمّا حرمة الوطئ بالدخول بها فيدلّ عليها مرسلّة يعقوب بن يزيد المتقدّمة وليس فيه قيد الإفضاء و تكون ظاهرة أو صريحة في ارتفاع الزّوجيّة ولم يلتزم المشهور به ، فينحصر الدّليل في الإجماع أن تمّ .

و أمّا عدم الخروج عن حباله الزّوج فلصحيحة حمران و رواية بريد بن معاوية المتقدّمتين حيث ذكر فيهما الإمساك والتطليق مع الإفضاء ، ولا معنى للتطليق مع ارتفاع الزّوجيّة .

و أمّا عدم حرمة الوطئ مؤبداً مع عدم الإفضاء فلعدم دليل عليه إلا رواية سهل المذكورة مع عدم العمل بها و قد عرفت الإشكال فيه .

﴿ الفصل الثّاني ﴾

﴿ في أولياء العقد ، لا ولاية في النكاح لغير الأب و الجدّ للأب و إن علا و الوصي والمولى والحاكم ، و ولاية الأب و الجدّ ثابتة على الصغيرة ولو ذهبت بكارتها بزنا أو غيره ﴾ .

أمّا عدم ولاية غير المذكورين فادّعى الإجماع عليه في غير الأمّ و آبائها ففي المرسل عن النبي ﷺ أنّه أبطل تزويج قدامة بن مظعون بنت أخيه عثمان (٢) .
و في صحيح محمد بن الحسن الأشعري كتب بعض بني عمّي إلى أبي جعفر الثّاني

(١) المصدر ج ٥ ص ٢٩٩ .

(٢) أخرج حديثه ابن ماجه في السنن تحت رقم ١٨٢٨ .

عليه السلام : « ما تقول في صبيّة زوّجها عمها فلما كبرت أبت التزويج ؟ فكتب عليه السلام بخطه : لانكره على ذلك والأمر أمرها ^(١) » .

و حكى عن ابن جنيد أن الأمّ وأباها يقومان مقام الأب في ذلك لأنّ رسول الله ﷺ أمر نعيم بن نجاح أن يستأمر أمّ ابنته في أمرها وقال : وآمره من بناتهن ، والخبر ضعيف .

و الأخبار المتعلقة بالمقام منها صحيحة عبدالله بن الصلت المروية في الكافي و التهذيب قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوّجها أبوها ألها أمر إذا بلغت ؟ قال : لا ، وزاد في الكافي « ليس لها مع أبيها أمر » ^(٢) .

و منها ما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال : « سألت أبي الحسن الرضا عليه السلام عن الصبيّة يزوّجها أبوها ثم يموت وهي صغيرة ، فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها أيجوز عليها التزويج أو الأمر إليها ؟ قال : يجوز عليها تزويج أبيها » ^(٣) .

ومنها ما رواه الشيخ (ره) عن الحلبيّ قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الغلام له عشر سنين فيزوّجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين ؟ قال : فقال : أما التزويج فصحيح فينبغي أنّه تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنّه قد طلق فإن أقرّ بذلك وأمضاء فهي واحدة بائنة وهو خاطب من الخطاب وأن أنكر ذلك وأبى أن يمضي فهي امرأته » ^(٤) .

و عن محمد بن مسلم في الصحيح ، عن أبي جعفر عليه السلام « في الصبيّ يزوّج الصبيّة يتوارثان ؟ قال : إذا كان أبواهما اللذان زوّجاها فنعم ، قلت : فهل يجوز طلاق الأب ؟

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ و الفقيه ص ٤١٢ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص

قال : لا (١) .

وروى الشيخ (ره) عن الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن الجد إذا تزوج ابنة ابنه وكن أبوها حياً وكن الجد مرضياً جاز ، قلنا : وإن هوى أبو- الجارية هوى و هوى الجد هوى وهما سواء في العدل والرضا ؟ قال : أحب إلي أن ترضى بقول الجد » (٢) .

ومنها موثق عبيد قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ، و يريد جدّها أن يزوجه من رجل ؟ فقال : الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوجاً قبله ، ويجوز عليها تزويج الأب والجد » (٣) .
و أما ولاية الوصي والمولى والحاكم فسيجيء الكلام فيها إن شاء الله تعالى .
و أما ثبوت ولاية الأب والجد على الصغيرة وإن ذهبت بكارتها فلائن المدار في ولايتهما الصغر لا البكارة ، ومقتضى الإطلاق ثبوتها لهما وإن ذهبت البكارة بزنا أو غيره .

ولا يشترط في ولاية الجد بقاء العقد وقيل يشترط ، وفي المستند ضعف ، ولا خيار للصبيّة مع البلوغ ، وفي الصبي قولان أظهرهما أنه كذلك ، ولو تزوجها فالعقد للسابق ، فإن اقترنا ثبت عقد الجد ، ويثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله ذكراً كان أو أنثى ، ولا خيار له لو أفاق ، واليب تزوج نفسها ولا ولاية عليها لأب ولا لغيره ولو تزوجها من غير إذنهما وقف على إجازتها .

مقتضى رواية عبد الله بن سنان الصحيحة عن الصادق عليه السلام قال : « الذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها » (٤) « ولا خلاف في أن الجد ولي أمر الصغيرة سواء كان الأب

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٩٦ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ .

(٣) الكافي ج ٢ ص ٣٩٥ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ .

حيّاً أوميئاً . واستدلّ للقول بالاشتراط برواية الفضل بن عبد الملك المتقدّم واستشكل في العمل بها تارة من جهة ضعف السند ، و أخرى من جهة ضعف الدلالة حيث إنّها بالمفهوم الوصفي و هو غير معتبر عند المحققين ، و أجب بأنه من باب مفهوم الشرط و هو معتبر .

و أمّا من جهة ضعف السند فالظاهر أنّ الرّواية موثقة و حمل القيد على بيان الفرد الأخرى و هو جواز عقد الجّد مع وجود الأب ، و يمكن أن يقال بعد ما كان الأصل في القيود الاحترازية فاللازم مدخلة حياة الأب في ولاية الجّد و ليس في قبالة إلا الاطلاق القابل للتقييد ، نعم استبعاد مدخلة حياة الأب في ولاية الجّد مع أولوية نظره عند المعارضة مع الأب مع عدم المدخلة في تصرفات الجّد في أمور الصغيرة غير نكاحها يوجب التوقف وحيث إنّ مجرد الاستبعاد لا يرفع الإشكال لا بدّ من الاحتياط . و أمّا التمسك بالاستصحاب في بعض الأفراد كما لو كان الأب حيّاً فمات والجّد حيّاً فيستصحب ولايته ، أو التمسك بأصالة عدم الاشتراط فلا يخفى الإشكال فيهما لأنّه بعد وجود الدليل الاجتهاديّ لا مجال للاستصحاب و إن قلنا بحجية الاستصحاب في الشبهات الحكميّة ، كما أنّه معه لا مجال للأصل .

و أمّا عدم الخيار للصبيّة مع البلوغ فلرواية عبدالله بن الصلت الصحيحة ورواية محمد بن إسماعيل بن بزيع الصحيحة المتقدّمتين و مثلهما صحيح ابن يقطين ^(١) .

و في قبال هذه الأخبار ما روى محمد بن مسلم في الصحيح قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبيّ يزوّج الصبيّة ؟ قال : إن كان أبواهما اللذان زوّجاها فنعّم جائز ، و لكن لهما الخيار إذا أدركا ، فإنّ رضا بذلك فإنّ المهر على الأب . قلت : فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره ؟ قال : لا ، ^(٢) .

و الظاهر عدم العمل به بل قيل : لا بأس بالوصف بالشذوذ الذي أمرنا بالاعراض عن أمثاله .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٤٦ .

و أما عدم الخيار لخصوص الصبي فلم نجد ما يدل على نفي الخيار له وما دل على صحة تزويج الصغير والصغيرة مع صدور التزويج من الولي لا ينفي الخيار ، وقد يتمسك بالاستصحاب و آية « أوفوا بالعقود » و يشكل من جهة الاشكال في حجية الاستصحاب في الشبهات الحكمية مضافاً إلى وجود الدليل الاجتهادي في قبالة و هو صحيح محمد بن مسلم المذكور و عدم العمل بمضمونه بالنسبة إلى الصغيرة لعله لا يوجب طرح الرواية أصلاً حتى بالنسبة إلى الصبي .

و أما التمسك بآية « أوفوا بالعقود » فيشكل من جهة أن الظاهر أن المخاطبين العاقدون والصبي ليس عاقداً ، وجه ذلك أن الوفاء بالعهد و عدم نقضه بالنسبة إلى من عاهد و عقد ، و الصغير ليس طرف المعاهدة حتى يكون فسخه خلاف الوفاء، مضافاً إلى أنه عام قابل للتخصيص .

و خالف في المقام الشيخ في النهاية و بنو البراء ج و حمزة و ابن إدريس - قدس الله تعالى أسرارهم - واستدل لهم بخبر الكناسي ، عن الباقر عليه السلام « أن الغلام إذا زوجه أبوه و لم يدرك كان له الخيار إذا أدرك أو بلغ خمسة عشر سنة ^(١) ، و استدل أيضاً بتطرق الضرر على الغلام مع عدم الخيار باعتبار إثبات المهر في ذمته و النفقة من غير ضرورة تقتضي ذلك ، و أجيب بضعف الرواية سنداً ، و ما ذكر من تطرق الضرر - الخ . مجرد اعتبار يدفعه منع عدم المصلحة في ذلك و بالجملة المسألة لا تخلو عن شوب الاشكال خصوصاً مع أن ابن إدريس لا يعمل إلا بالقطعيات من الأخبار فإن كان استناده إلى خبر المذكور يكون الخبر منها .

و أما ثبوت العقد السابق و لغوية العقد اللاحق فوجه واضح حيث إنه مع صحة العقد السابق لا مجال لصحة العقد اللاحق .

و أما ثبوت عقد الجدة مع اقتران عقده مع عقد الأب فلقول الصادق عليه السلام على المحكي في صحيح هشام بن سالم و محمد بن حكيم « إذا زوج الأب والجدة كان التزويج

للأب فإن كانا جميعاً في حال واحد فالجدُّ أولى ،^(١) .

وَأَمَّا ثبوت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله ذكرنا أن أو أنثى فقيل : إنه موضع وفاق ، واستدل بالاستصحاب المؤيد باستبعاد عزلها عن ولاية النكاح خاصة ضرورة بقاء ولايتهما على المال المشروط انقطاعها بإيناس الرُّشد ، مضافاً إلى خبر أبي بصير في تفسير «من يده عقد النكاح» ويمكن أن يقال : أما الاستصحاب فيشكل التمسك به في الشبهات الحكمية مضافاً إلى الإشكال من جهة أن الولاية على الصغير والصغيرة بعنوان صغرهما ، فبعد ارتفاع الصغر كيف تستصحب .

وَأَمَّا بقاء ولايتهما في أموالهما فإن كان من جهة الآية الشريفة «فإن آنستم الآية» فاستفادتها منها مشكلة لأنَّ عدم جواز دفع المال مع عدم إيناس الرُّشد لا يثبت الولاية فإنَّ غير الوليِّ أيضاً لا يدفع مال المجنون إليه وإن كانت الولاية باقية بدليل آخر فلا مانع من استفادة بقاء الولاية من جهة الخبر المذكور ، ومع ثبوت الولاية فالظاهر عدم الخيار لو أوقع الوليُّ للاستصحاب بل من جهة ما دلَّ على عدم الخيار في النكاح إلا ما ورد النصُّ فيه من العيوب .

وَأَمَّا عدم الولاية على الثيب وكون أمرها بيدها فلا إشكال فيه ويدلُّ عليه الأخبار منها ما رواه ثقة الإسلام في الصحيح ، عن عبد الله بن الصلت قال : «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية الصغيرة زوجها أبوها ، لها أمر إذا بلغت ؟ قال : لا ، ليس لها مع أبيها أمر ، قال : وسألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها أمر ؟ قال : ليس لها مع أبيها أمرٌ ما لم تثيب^(٢)» .

و منها ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبيِّ ، عن الصادق عليه السلام قال : «سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها أمرٌ ؟ قال : ليس لها مع أبيها أمرٌ ما لم تثيب^(٣)» .

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٩٤ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

(٣) الوسائل أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ج ٣ ح ١١ .

و منها ما رواه علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى قال : « سأله عن الرجل يصلح له أن يزوج ابنته بغير إذنها ؟ قال : نعم ، ليس يكون للولد مع الوالد أمر إلا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك فتلك لا يجوز نكاحها إلا أن تستأمر ، ^(١) .

و بعد ما كان الاختيار لها فلو تزوجها غيره بغير إذنها وقف على إجازتها ويكون من النكاح الفضولي وسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

وأما البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها ولو كان أبوها حياً قيل : لها الانفراد دائماً كان أو منقطعاً . وقيل : العقد مشترك بينها وبين الأب فلا ينفرد أحدهما به . وقيل : أمرها إلى الأب وليس لها معه أمر ، ومن الأصحاب من أذن لها في المتعة دون الدائم ومنهم من عكس و الأول أولى .

اختلف الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - في ثبوت الولاية للأب على البكرة الرشيدة البالغة في خصوص أمر تزويجها وعدمه على أقوال أشار إليها في المتن فاستدل للقول بثبوتها مضافاً إلى أصالة بقاء الولاية قبل بلوغها بأخبار منها صحيحة عبد الله بن الصلت ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : « سأله عن الجارية إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أيها أمر ؟ قال : لا ، ^(٢) ونحوها صحيحة محمد بن مسلم بزيادة قوله عليه السلام « يستأمرها كل أحد ما عدا الأب ، ^(٣) .

ورواية أبي مريم المروية في الكافي عن الصادق عليه السلام قال : « الجارية البكر التي لها أب لا تزوج إلا بإذن أبيها ، ^(٤) .

وموثقة عبيد بن زرارة « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ويريد جدّها أن يزوجه من رجل ؟ فقال عليه السلام : الجد أولى بذلك

(١) الوسائل أبواب عقد النكاح ب ٩ ح ٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ .

(٤) المصدر ج ٥ ص ٣٩١ و ٣٩٢ .

مالم يكن مضاراً^(١)، إن لم يكن الأبزوة جها قبله، ويجوز عليها تزويج الأبوالجد^(٢).
 ٩ في قبالها أخبار أخر منها صحيحة منصور بن حازم، عن الصادق عليه السلام «تستأمر
 البكر وغيرها ولا تنكح إلا بأمرها»^(٣).

ومنها صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «المرأة التي ملكت
 نفسها غير السفينة ولا المولى عليها إن تزويجها بغير ولي جائز»^(٤).
 حيث إن الظاهر أن المراد من التي ملكت نفسها المالكة بالنسبة إلى الأمور
 الرأجة إلى نظام معاشها من العقود والإيقاعات وغيرها لا المالكة حتى بالنسبة إلى
 التزويج كما لا يخفى.

إن قيل: ظهور هذه الأخبار في استقلالها مسلم إلا أنها لا تصلح للمعارضة مع تلك
 الأخبار لصراحة تلك في أن الباكرة البالغة لا مدخلية لها في تزويجها بخلاف هذه
 الأخبار لأن شمولها بالإطلاق والظهور لا يعارض النص الصريح، أوجب عنه بمنع
 صراحة تلك الأخبار في ولاية الأب على أمر تزويجها مطلقاً وعدم مدخليتها فيه أصلاً
 إن من المحتمل أن يكون المراد من قوله عليه السلام «ليس لها مع أبيها أمر»
 أنه ليس لها مع إقدام أبيها على تزويجها الرد والإجازة فيدل على عدم مدخليتها في
 أمر تزويجها في خصوص ما إذا زوجها أبوها من زوج لا مطلقاً كما هو المدعى، وهذا
 الاحتمال وإن كان بعيداً إلا أنه تكفي في منع صراحتها وإن سلم صراحة تلك الأخبار
 ففي الأخبار المعارضة أيضاً ما هو صريح ففي رواية سعدان بن مسلم، عن الصادق عليه السلام
 «ولا بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبيها»^(٥) فيقع التعارض بين الطائفتين،
 ويمكن الجمع بحمل ما دل على عدم مدخليتها في أمر تزويجها مطلقاً على ما إذا أقدم
 أبوها على تزويجها، ويكون المراد من قوله عليه السلام «ليس لها مع أبيها أمر» أنه ليس لها
 مع تزويج أبيها إياها الرد والإجازة. وحمل ما دل على استقلالها في أمرها على غير

(١) المصدر ج ٥ ص ٣٩٥ . (٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٣٢ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٣٦ .

هذه الصورة ، ويؤيد هذا الجمع صدر صحيحة عبدالله بن الصلت حيث سئل عنه عليه السلام عن البارية التي زوجها أبوها قبل بلوغها هل لها أمرٌ بعد بلوغها ورشدها أم لا فأجاب لا أمر لها مع أبيها ، ^(١) فإن المراد من قوله « لا أمر لها مع أبيها » ليس إنه لا خيار لها مع وجود أبيها ضرورة أنها لا خيار لها بعد البلوغ مطلقاً سواء كان لها أب أو لا اتفاقاً ، فيكون تقييده بما إذا كان لها أب لغواً بل المراد أن مع إقدام الأب في تزويجها لا خيار لها ، ويكون تزويج الأب نافذاً .

ويمكن أن يقال : حمل المطلقات على الفرد الغير الغالب مشكلاً لأن ما ذكر بنحو القانون لا بد أن يكون الباقي تحته أزيد من الخارج لا المساوي ولا الغير الغالب . وأما ما ذكر من التأييد بصحبة عبد الله بن الصلت فهو مبني على حمل المطلق أعني قوله عليه السلام على المحكي « لا أمر لها » على القدر المتيقن في مقام التخاطب وهو ممنوع فمع منعه يكون كسائر المطلقات الدالة على أنه لا أمر لها مع وجود الأب مطلقاً لا الخيار ولا التزويج بالاستقلال ، وقد يقال : الأخبار الدالة على استقلال البكر في تزويجها المعتبر منها غير آب عن التقييد بغير من له أب والآبي عن التقييد غير معتبر فيؤمن التمسك بها على كثرتها ، ويشكل من جهة ما ذكر من لزوم كون الباقي تحت المطلق غالباً وكيف يدعى أن البكر بحسب الغالب لا أب لها وثانياً يشكل طرح ما ليس فيه تصحيح و توثيق مع النقل في الكافي والقيه و التهذيب ، ثم إنه مع عدم إمكان الجمع العرفي وعدم الترجيح لامن جهة السند لوجود الأخبار الصحيحة في كلتا الطائفتين ولامن جهة الصدور لاختلاف العامة أيضاً قد ترجح الأخبار الدالة على استقلال البكر لموافقتها لعموم قوله تعالى « أو فوا بالعقود » واستشكل بعدم صدق العقد المفسر في الأخبار بالعهد على التزويج ، وفيه إشكال لصدق المعاهدة بين الزوج و الزوجة كصدقها في البيع و الصلح و الإجارة ، و منع صدق العهد في بعض مصاديقها لا يضر ، نعم يمكن الإشكال بأنه مع الشك في الأهلية للعقد لا يمكن التمسك به وقد ترجح بما دل من الأخبار على أن الصبي إذا بلغ أشده واحتلم يكون مالكا لأمره إذ لا شبهة في أن المراد

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

من الصبي أعم من الصغير و الصغيرة من جهة التغليب كما في قوله تعالى « كتب عليكم الصيام ، وغيره من آيات الأحكام .

و استشكل بأن الترجيح بالموافقة لهذه الأخبار إنما يتم لو كانت متواترة كاشفة عن السنة القطعية وإلا فالمتعين جعلها مرجعاً بناءً على القول بتساقط المتعارضين من الأخبار . ويمكن أن يقال : كون المراد من الصبي الأعم يحتاج إلى الدليل لأن التغليب صحيح لكنه خلاف الظاهر يحتاج إلى القرينة .

و أما جعل تلك الأخبار مرجعاً بعد تعارض الأدلة فلم يظهر وجهه فإن العام ليس حاله حال الأصل حتى يقال بعد تعارض الدليلين و تساقطهما نرجع إليه بل هو معارض لأحدى الطائفتين في عرض معارضة الطائفة المعارضة ، غاية الأمر لولا الطائفة الموافقة له كانت الطائفة المخالفة مقدمة عليه للأظهرية أو لكونها الناصة ، وعلى هذا فمع التعارض وعدم الترجيح يجيء التخيير .

ثم إن ظاهر الأخبار المذكورة اختصاص الحكم نفيًا وإثباتًا بالأب و لا نعرض للجدة فالتعميم لا بد له من الدليل إما من جهة صدق الأب على الجد ولو بنحو المجاز وإما من جهة أقوائية ولاية الجد على الأب من جهة أنه مع اختلاف نظرهما يقدم نظر الجد ، لكن إثبات الحكم للجد بملاحظة ما ذكر لا يخلو عن الإشكال و في المتن لم يذكر الجد ، و أما القول بالتشريك فالأخبار المذكورة تدفعه حيث يظهر من طائفة استقلال البكر في أمرها و من طائفة أخرى استقلال الأب ، وربما يستظهر التشريك من موثقة صفوان قال : « استشار عبدالرحمن موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته لابن أخيه ، فقال : إفعل و يكون ذلك برضاها ، فإن لها في نفسها نصيباً . قال : و استشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته علي بن جعفر ، فقال : افعل و يكون ذلك برضاها ، فإن لها في نفسها حظاً ، ^(١) وقد يجاب بأن هذه الموثقة مطلقة في كون الابنة بكرًا أو ثيبًا و كلامنا في البكر فأية الطائفتين أخذنا بها تقيّد المطلق و توجب تخصيصها بالثيب .

ويمكن أن يقال : لا إشكال ولا خلاف في أن الثيب مستقلة في أمر نكاحها ولا مدخلية للأب ولا للجد في نكاحها ، وظاهر الموثقة يخالف الاستقلال فإنه لا يقال : للمستقلة في أمرها أن لها في نفسها نصيباً ، هذا مضافاً إلى أن الموثقة واردة في مورد خاص ولعل البنت كانت بكرأ والضمير راجع إليها فكيف يحكم بالإطلاق والتقييد فمع مقاومة الموثقة للأخبار المتقدمة تكون طرف المعارضة للطائفتين فلا بد من الترجيح أو التخيير .

وأما القول بثبوت الولاية على البكر في الدائم دون المنقطع فالظاهر أنه للجمع بين الأخبار الدالة على ثبوت الولاية وبين ما ورد في خصوص المنقطع كرواية أبي سعيد القمط عمن رواه قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جارية بكر بين أبويها تدعوني إلى نفسها سرّاً من أبويها أفأفعل ذلك ؟ قال : نعم و اتق موضع الفرج ، قال : قلت : وإن رضيت ؟ قال : وإن رضيت فإنه عار على الأبكار » (١) .

ورواية الحلبي قال : « سألت عن التمتع بالبكر إذا كانت بين أبويها بلا إذن من أبويها ؟ قال : لا بأس ما لم يفتض ما هناك لتعفف بذلك » (٢) .

ورواية أبي سعيد قال : « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن التمتع من الأبكار اللواتي بين الأبوين ؟ فقال : لا بأس ، ولا أقول كما يقول هذه الأقشاب » (٣) .

وعارضها الأخبار السابقة الدالة على أنه لا أمر لها مع أبيها وتلك الأخبار وإن كان الظاهر ورودها في النكاح الدائم لانصراف التزويج والنكاح عند الإطلاق إلى الدائم وفي لسان الأخبار إذا أريد المنقطع يقيد بلفظ المتعة أو التمتع إلا أن التعبير بأنه لا أمر لها مع أبيها يعم فتأمل ، وما دل بالخصوص على عدم الجواز بدون إذن الأب صحيحة أبي مريم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « العذراء التي لها أب لا تزوج متعة إلا بأذن أبيها » (٤) .

(١) و (٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ و الاستبصار ج ٣ ص ١٢٥ .

وصحيحة البرنطى عن الرضا عليه السلام قال : « البكر لا تزوج متعة إلا بإذن أبيها » (١).

وقد يحمل الصحيحتان على التقيّة أو على الكراهة ، ويشكل حملهما على التقيّة لشدة إنكار العامة للمتعة من غير فرق بين صورة إذن الأب وغيرها ، و مقتضى القاعدة تقديم الصحيحين على ما يعارضهما بالخصوص من جهة صحة السند وتخصيصهما لما سبق من ظهور اختصاص تلك الأخبار بالنكاح الدائم فإن أخذنا بالأخبار الدالة على استقلال البكر في تزويجها تكون الصحيحتان مخصصتين لتلك الأخبار إن استفيد منها الاستقلال في التزويج مطلقاً حتى بالنسبة إلى النكاح المنقطع وإن لم يكن لها إطلاق فخرج المتعة من باب التخصّص إلا أن تحملاً على الكراهة لما أُشير إليه في ما دلّ على الجواز .

ولو عضلها الولي سقط اعتبار رضاه إجماعاً و لو زوج الصغيرة غير الأب و الجدّ وقف على رضاها عند البلوغ و كذا الصغير ، و للمولى أن يزوّج المملوكة ، صغيرةً وكبيرةً ، بكرًا وثيبًا ، عاقلةً ومجنونةً ، ولا خيار لها وكذا العبد ، ولا يزوّج الوصي إلا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة وكذا الحاكم .

لو منع الولي تزويج البكر مع الكفو مع أنها طالبة فلا خلاف ظاهراً في عدم اعتبار رضى الولي إن قلنا بعدم استقلال البكر في أمر التزويج وهذا ظاهراً من المسائل المجمع عليها حيث لانسّ في البين ، وقد يتمسك بقاعدة نفي الضرر وقاعدة نفي الحرج وسعة الشريعة السمحة السهلة .

ويشكل الأمر على من لا يتوجّه إلى الإجماعات حيث إن القاعدتين انطباقهما على هذه الصورة منوط بالضرر الشخصي و الحرج الشخصي ولا يثبت الحكم بقول مطلق وقد يتمسك بقوله تعالى «ولا تعضلوهن» أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف، بناء على دخول بعض أفراد المقام فيه ، كما لو زوّجها الولي وطلّقت قبل الدخول و كون المراد نهى الناس أجمع ومنهم الأولياء . ويشكل من جهة احتمال أن تكون المراد

نهى الأزواج السابقين عن عضل النساء أن يتزوجن ولوزوج الصغيرة غير الأب والجد وقف على رضاها عند البلوغ إن لم يكن لها الأب والجد أو كان ، وقلنا باستقلالها في أمرها بناء على صحة الفضولي حتى مع عدم من له الإجازة حال العقد و كذا الصغير .

وللمولى تزويج المملوكة بنحو الإطلاق بلا خلاف ظاهر أقوله تعالى «فانكحوهن» بإذن أهلن» وقوله تعالى « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين - الآية » . ويمكن منع الظهور فيه من جهة ذكر الأيامى حيث إنها لا ولاية عليها ويدل عليه حسن زرارة عن الباقر عليه السلام « سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده ، فقال : ذاك إلى سيده إن شاء أجاز وإن شاء فرق بينهما » ^(١) .

وقد يتمسك بقاعدة السلطنة وقد يتأمل فيه من جهة عدم تعرض القاعدة لأنحاء السلطنة ، وقد يقال بعدم الولاية للكافر على المملوك المسلم لقوله تعالى : « لن يجعل الله - الآية » .

و يشكل ولاية الحاكم لعدم كونه مولى عليه على كل حال كالصغير و المجنون بل المملوك مولى عليه للمالك من حيث المالية وقد فرض عدم ولاية له للكفر، ويمكن أن يقال : إن كان جواز التزويج للمالك من شئون الملكية ما لم يخرج عن الملكية كما لو آجر المالك عبده قبل أن يخرج من ملكه فلا يستفاد من قوله تعالى « لن يجعل الله - الآية » نفيه وإلا لزم خروج المملوك عن الملكية وليس كذلك بل ظاهر ما دل على بيعه من المسلمين بقاءه مادام لم يبع على الملكية وإذا صح تزويج المولى بمملوكه فلا خيار له حيث إنه مملوك لا يقدر على شيء ، خرج الطلاق بالدليل ، وأيضاً بناء النكاح على اللزوم خرج ما خرج بالدليل .

وأما تزويج الوصي فاسد العقل مع اعتبار المصلحة فمقضى عدم مادل على نفي الولاية لغير الأب كصحبة أبي عبيدة الحذاء المروية في الكافي قال : « سألت أبا جعفر

عَلَيْهِمَا عَنْ غَلامٍ وَجاريةٍ زَوْجَهُما وَلِيَّانِ لهما وَهما غيرَ مدرَكين فقال : النكاح جائزٌ وَ
أَيْتَهُما أَدركَ كانَ على الخِيارِ وَإِنْ ماتا قَبْلَ أَنْ يَدركا فلا مِراثَ بَينَهُما وَلامِهرٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَا
قد أَدركا وَرضِيا - إلى أَنْ قال - قلت : فَإِنْ كانَ أبوها هو الَّذي زَوَّجَها قَبْلَ أَنْ تَدركَ
قال : يَجوزُ عَلَیْها تزويجُ الأبِ ، وَيجوزُ على الغَلامِ وَالمَهرُ على الأبِ لِلجاريةِ ، ^(١) .
وَالمَرادُ بِالوَلِيتَينِ في الصَدرِ غيرُ الأبِ مِنَ الوَلِيِّ العَرَفِيِّ عَدمُ الوِلايَةِ لِلوَصِيِّ ،
وَأمَّا الصَحيحُ المَذكورُ فَمَحمولٌ في غيرِ الأبِ على الوَلِيِّ العَرَفِيِّ بِقَرينةٍ صَحيحةٍ الحَذَاءِ
فَإِنْ كانَ جَوازُهُ لِقولِهِ تَعَالَى « فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَما سَمِعَهُ » حَيْثُ يَسْتَفادُ مِنَ الأَخْبارِ في
بابِ الوَصِيَّةِ أَنَّ الوَصِيَّةَ نافِذةٌ يَجِبُ إنْفادُها مَطلَقاً ، فلا وَجَهَ لِلتَقْييدِ بِصورةٍ فَسادِ العَقلِ
وَاعتبارِ المَصلَحةِ ، وَكَذا إِنْ تَمَسَّكَ بِصَحيحِ ابنِ مَسلَمٍ وَأَبِي بَصيرٍ عَنِ أَمِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ
« سَأَلْتُهُ عَنِ الَّذي يَيدُهُ عَقْدَةُ النكاحِ ، قال : هو الأبُ وَالأخُ وَالموصى إِلَيهِ » ^(٢) لَكنَّهُ
يَشْكَلُ التَّمَسُّكُ بِقولِهِ تَعَالَى « فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَما سَمِعَهُ » لِتَخْصيصِهِ بِكَوْنِ الموصى بِهِ
مَما يَرْضى بِهِ اللهُ تَعَالَى كَما سَبَقَ في كِتابِ الوَصايا وَلَمْ يَحْزَكونَ الوَصِيَّةَ بِتَزويجِ الصَغيرِ
الصَغيرةِ مَما يَرْضى بِهِ اللهُ تَعَالَى .

وَ في قَبالِ الصَحيحِ المَذكورِ المَضْمَرُ « سَأَلَهُ رَجُلٌ عَنِ رَجُلٍ ماتَ وَتَرَكَ أَخوينَ وَ
بَنَتاً وَالبنتَ صَغيرةً فَعَمِدَ أَحَدَ الأَخوينَ الوَصِيَّ فزَوَّجَ الابنةَ مِنَ ابْنِهِ ، ثُمَّ ماتَ أَبُو
الابنِ المَزْوَجِ ، فَلَمَّا أَنَّ ماتَ قالَ الآخَرُ : أَخِي لَمْ يَزْوَجْ ابْنَهُ فزَوَّجَ الجاريةَ مِنَ ابْنِهِ
فَقِيلَ لِلجاريةِ : أَيُّ الزَّوَجَينِ أَحَبُّ إِلَيْكَ الأَوَّلُ أَوِ الآخِرُ ؟ قالتَ : الآخِرُ ، ثُمَّ
إِنَّ الآخَرَ الثَّانِي ماتَ وَلِلآخِ الأَوَّلِ ابْنُ أَكْبَرَ مِنَ الابنِ المَزْوَجِ فقالَ لِلجاريةِ : اخْتاري
أَيْتَهُما أَحَبُّ إِلَيْكَ الزَّوَجِ الأَوَّلُ أَوِ الزَّوَجِ الآخِرُ ، فقالَ : الرِّوَايَةُ فيها أَنَّها
لِلزَّوَجِ الآخِرِ وَذلكَ أَنَّها قدَ كانتَ أَدركتَ حينَ زَوَّجَها وَليسَ لَها أَنْ تَنقُضَ ما عَقَدتَهُ
بَعْدَ إدراكِها ، ^(٣) .

(١) المَصدرُ ج ٥ ص ٢٠١ وَالتَهْذِيبُ ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) التَهْذِيبُ ج ٢ ص ٢٢٥ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩٧ وَالتَهْذِيبُ ج ٢ ص ٢٢٣ .

وقد يقال بعدم معارضة هذا الخبر للصحيح المذكور لكونه مضراً في الكافي و التهذيب و عدم ثبوت كون الأخ وصياً على نكاح البنت و إنكار أخ الثاني ما فعله الأوّل ، ونسبة ذلك إلى الرّواية المشعّرة بالتقيّة لو فرض كونه من الإمام عليه السلام مع التعليل العليل .

و يمكن أن يقال : بعد أن كان مانسب إلى المشهور أو الأشهر عدم الولاية للموصي^١ و إن نصّ الموصي على النكاح ، فأمّا من جهة الأخذ بالمضمر المذكور في قبال الصحيح المذكور ويكون المضمر معتبراً ومستظهراً من حيث السند كون المسئول الإمام عليه السلام ، و أمّا إن يكون من جهة عدم العمل بالصحيح المذكور ، و يحتمل أن يكون من جهة عموم مادلّ على عدم ولاية غير الأب و على هذا فلامانع من حجّيته إلّا أنّه يشكل من جهة أنّه مع أخصيّته كيف لم يعملوا به ، ولعلّ وجه عدم العمل ضعف الدّلالة من جهة الحمل على الولي العرفي بقرينة سائر الأخبار ، فلا يكون حجة .

و ما ذكر من عدم ثبوت كون الأخ وصياً على نكاح البنت يمكن أن يجاب عنه بكفاية ترك الاستفصال .

و ما ذكر من أن نسبة ذلك إلى الرّواية مشعّرة بالتقيّة فيه أنّها لاتدلّ على التقيّة لأنّ في الرّوايات الواردة عنهم عليهم السلام النسبة إلى الرّواية .

ويمكن أن يكون النظر في التعليل المذكور فيها إلى أن العقد السابق لما لم يكن صادراً ممّن له الولاية ولم يكن ممضى بعد البلوغ لم يعتبر و العقد اللاحق حيث كان ممضى ليس لها نقضه و إن كان نسبة العقد إليها بمجرد الإمضاء بنحو المجاز .

و أمّا ولاية الحاكم فالمشهور أيضاً عدمه بالنسبة إلى من لم يبلغ ذكراً كان أو أنثى للأصل و في المتن ثبوتها بالنسبة إلى فاسد العقل وقد يقال بثبوتها لعموم ولاية الحاكم المستفادة من نحو قوله : «السلطان وليّ من لا وليّ له»^(١) وغيره المراد منه أنّه قائم مقام الوليّ

(١) خبر عامي ولم أجده الا في كتب الفقه كالمختلف وفي سنن ابن ماجه في باب لانكاح الابولي باسناده عن عائشة قالت قال رسول الله (ص) : أيما امرأة لم ينفكها الولي فنكاحها باطل فان أصابها فلها مهرها بما أصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ، ج ١ ص ٦٠٥ تحت رقم ١٨٢٩ .

حيث لاولي غير مضافاً إلى خبر أبي بصير الوارد في تفسير «من بيده عقدة النكاح» بل في صحيح ابن سنان الذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها (١).

ويمكن أن يقال : السلطان في قوله : «السلطان ولي من لاولي له» يطلق على المنصوب بالخصوص من قبل المعصوم كالمُنصوب في زمن النبي والأُمير عليه السلام وأما الفقهاء فإثبات الولاية العامة نحو ولاية المنصوبين لهم بالخصوص فمحل إشكال وقد سبق الكلام فيه في كتاب البيع فيشكل التمسك به ، وأما التمسك بما ورد في تفسير «من بيده عقدة النكاح» فله وجه حيث إن الحاكم ولي بالنسبة إلى الصبي لكن هذه الولاية من جهة لزوم قضاء حوائجه من باب الحسبة و يكون الحاكم متيقناً لأن الشارع لا يرضى باختلال أمور القاصر لصغر أوجنون أو مرض فيدور بين الحاكم وغيره وهو المتيقن لكنها ثابتة لعدول المؤمنين مع تعذر الرجوع إلى الحاكم ويحتمل ثبوتها حتى مع التمكن من الرجوع إليه بل ثابتة لغير عدول المؤمنين مع عدم التمكن من الرجوع إليهم و لازم هذا ثبوت الولاية لغير الحاكم أيضاً ، والظاهر عدم التزامهم به فيقع الإشكال من جهة عدم كون التزويج من الأمور التي يجب قضائها .

و يلحق بهذا الباب مسائل : الأولى الوكيل في النكاح لا يزوجه من نفسه ولو أذنت في ذلك فالأشبه الجواز ، وقيل : لا ، وهي رواية عمار ، الثانية النكاح يقف على الإجازة في الحر والعبد ، ويكفي في الإجازة سكوت البكر ، ويعتبر في الثيب النطق ، الثالثة لا ينكح الأمة إلا بإذن المولى رجلاً كان المولى أو امرأة ، وفي رواية سيف يجوز نكاح أمة المرأة من غير إذنها متعة وهي منافية للأصل .

وجه منع تزويج الوكيل من نفسه بأن الظاهر إرادة تزويجها من غيره ، أو لا ظهور في تزويجها من نفسه ويكفي عدم الظهور ، وما ذكر لا يخلو عن الإشكال وقد يدعى نفي الخلاف في المسئلة ومع احتمال أن يكون مدرك المجمعين ما ذكر كيف يتمسك به ، نعم مع التعميم لا إشكال إلا أن يمنع من جهة الخبر الآتي ذكره ولو أذنت جاز تزويجها من نفسه بحسب القواعد فهو بما هو وكيل عن المرأة يوجب ويقبل ، لا باعتبار

أنه وكيل و يكفي المغايرة الاعتبارية في الإيجاب و القبول كتزويج الجد بنت ابنه لابن ابنه ، و يجوز للرجل أن يوكل شخصاً آخر عن نفسه فيوجب عن المرأة و يقبل الوكيل من طرفه له .

و في المقام رواية عمار الساباطي يستفاد منها عدم الجواز ، قال : « سألت أبي-الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها يحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها تقول له : قد وكتلتك فاشهد على تزويجي قال : لا - إلى أن قال : - قلت : فإن وكتلت غيره بتزويجها أيزوجها منه ، قال : نعم ، ^(١) .

وهذه الرواية من حيث السند معتبرة من جهة أن عمار ثقة عند علماء الرجال لكن المشهور لم يعملوا بها ، والظاهر أن التزوج فيها الدائم فإن النكاح المنقطع في لسان الأخبار يحتاج إلى القيد وأما النكاح الواقع من غير مباشرة الزوج والزوجة أومع المباشرة و عدم الاختيار شرعاً فالمشهور صحته بالإجازة إن يكن بإذن الولي ويدل عليه الأخبار .

منها خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « سألته عن رجل زوجته أمه وهو غائب قال : النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل ، وإن شاء ترك - الحديث ^(٢) ، .

ومنها حسن زرارة « سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال : ذلك إلى سيده إن شاء أجازته وإن شاء فرق بينهما ، قلت : أصلحك الله إن حكم بن عتيبة وأصحابه يقولون : إن أصل النكاح باطل فلا تحل إجازة السيد ، فقال عليه السلام : إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجاز فهو جائز ، ^(٣) .

ومنها خبره الآخر « سألته عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ، ثم أطلع على ذلك مولاه فقال عليه السلام : ذلك إلى مولاه إن شاء فرق بينهما - إلى أن قال : - فقلت له : إنه في أصل النكاح كان عاصياً ، فقال عليه السلام : إنه إنما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاص الله وإنما عصى سيده ^(٤) ، .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٣٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٠١ .

(٣) و(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢١٣ والكافي ج ٥ ص ٢٧٨ .

و منها صحيح الحداء « سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما وهما غير مدرّكين فقال : النكاح جائز وأيّهما أدرك كان له الخيار ، ^(١) بناء على إرادة الولي العرفي ، إلا لم يكن لهما الخيار ولقوله في آخره « فإن كان أبوها الذي زوّجها قبل أن تدرك ؟ قال : يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام » .

و منها صحيح ابن وهب جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال : إنّي كنت مملوكاً لقوم و إنّي تزوّجت امرأة حرّة بغير إذن موالي ، ثمّ اعتقوني بعد ذلك ، فأجدّد نكاحي إياها حين اعتقت ؟ فقال : أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ فقال : نعم ، وسكتوا عني ولم يعيروا عليّ ، فقال : سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم أثبت على نكاحك الأوّل ، ^(٢) .

فلا يبعد أن يقال : نكاح العبد بغير إذن مولاه ليس من قبيل النكاح الفضوليّ و ذلك لأنّه ذكر في بعض هذه الأخبار أنّ العبد دخل بالمرأة و الإمام عليه السلام لم ينكر عليه ، والعقد الفضوليّ ليس كذلك فإنّ المشتري في البيع الفضوليّ لا يجوز له التصرف في المبيع قبل الإجازة ، وأيضاً في البيع الفضوليّ الظاهر عدم كفاية الرضا بل لا بدّ من الإنشاء ، وأيضاً عبّر في بعضها « فرّق بينهما » و في الفضولي لم يقع نكاح حتّى يتحقّق التفريق .

وأما كفاية سكوت البكر في الإجازة وهي المشهورة بين الأصحاب لصحيح ابن أبي نصر قال : « قال لي أبو الحسن عليه السلام في المرأة البكر : إذنها صماتها والثيب أمرها إليها » ^(٣) .

و حسن الحلبيّ « و سئل عن رجل يريد أن يزوّج أخته قال : يؤاشرها فإن سكنت فهو إقرارها وإن أبت لم يزوّجها » ^(٤) .

(١) تقدم آنفاً .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٨ و التهذيب ج ٢ ص ٢١١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ .

(٤) المصدر أيضاً ج ٥ ص ٣٩٣ و ٣٩٤ .

وخبر داود بن سرحان « في رجل يريد أن يزوّج أخته يؤامرها فإن سكنت فهو إقرارها ، وإن أبت لم يزوّجها ^(١) » .

و المناقشة فيها بأنها في الإذن السابقة و المناط غير منقح دفعت بعدم الخلاف في عدم الفرق و باطلاق الصحيح الأوّل . ويمكن أن يقال : لا إطلاق في الصحيح لا يمكن أن يقال : لا يصدق الإذن في الإجازة اللاحقة .

و أمّا الثيب فلا يكتفى في إذنها بالسكوت لأنّ الاكتفاء بالسكوت خلاف الأصل و اكتفى في البكر من جهة الدليل ولعلّه يستفاد الفرق من قوله على المحكيّ في صحيح ابن أبي نصر « والثيب أمرها إليها ، إلا أن يقال : ترك الاستفصال في حسن الحلبيّ و خبر داود بن سرحان يوجب التعميم حيث لم يذكر حال الأخت من جهة البكارة و الثيبوبة ومع عدم كفاية السكوت في الثيب يشكل اعتبار النطق بالخصوص فإنّه يتحقق الإذن والتوكيل بالكتابة .

و أمّا عدم جواز نكاح الأمة إلاّ بإذن مولاه ففي صورة كون المولى ذكراً لا إشكال فيه ولا خلاف و إنّما الخلاف في التمتع بأمة المرأة فذهب الأكثر إلى أنّها كأمة الرّجل لا يجوز بغير إذنها ، وذهب الشيخ في النهاية و التهذيب إلى جواز التمتع بها بدون إذنها و يمكن الاستدلال به للجواز ما رواه ثقة الإسلام عن سيف بن عميرة ، عن داود بن فرقد ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا بأس بأن يتمتع بأمة المرأة بغير إذنها ، فأما أمة الرّجل فلا يتمتع بها إلاّ بأمره » ^(٢) .

و ما رواه التهذيب في الصحيح ، عن سيف بن عميرة ، عن داود بن فرقد ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سأله عن الرّجل يتزوّج بأمة بغير إذن مواليها ؟ فقال : إن كانت لامرأة فنعم ، وإن كانت لرجل فلا » ^(٣) .

و بهذا الإسناد ، عن سيف بن عميرة ، عن عليّ بن المغيرة قال : « سألت أبا عبد الله

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٤ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ .

عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ الرَّجُلِ يَتَمَتَّعُ بِأَمَةِ امْرَأَةٍ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، فَقَالَ : لَا بَأْسَ بِهِ ، ^(١) .

و هذه لا يوجب الاختلاف في سندها إشكالاً إنما الاشكال مخالفتها لما عده من أصول المذهب وهو قبح التصرف في مال الغير بغير إذنه ، مضافاً إلى مخالفته لما دلّ على عدم الجواز إلا بإذن أهلها ، وإن أمكن التخصيص من هذه الجهة .

و يمكن أن يقال : مع الإذن من طرف الشارع لا يبقى سلطنة للمالك كالإذن في قلع النخلة في قصّة سمرة بن جندب والإذن في التصرف في جوائز السلطان، والإذن في التصرف في ما يتعلق به الخمس إذا انتقل من قبل من لا يعتقد بوجوب الخمس ، والإذن في أكل المارة من الثمرة المتعلقة بالغير .

الرابعة إذا زوج الأبوان الصغيرين صحّ و توارثا ولا خيار لأحدهما عند البلوغ ، ولو زوجهما غير الأبوين وقف على إجازتهما ، فلو ماتا أو مات أحدهما بطل العقد ولو بلغ أحدهما فأجاز ثمّ مات عزل من تركته نصيب الباقي ، فإذا بلغ وأجاز أحلف أنّه لم يجز للرجعة ^(٢) و أعطى نصيبه .

أمّا صورة تزويج الأبوين الصغيرين فلا إشكال فيها في الصحة مع ملاحظة المصلحة أو عدم المفسدة بناءً على لزوم المراعاة لولاية الأبوين كما مرّ ولا خيار لهما ، أمّا بالنسبة إلى الصغيرة فالظاهر عدم الخلاف فيه ، وأمّا بالنسبة إلى الصغير فعلى الأصحّ كما مرّ .

وأمّا صورة تزويج غير الأبوين ممّن لا ولاية له فيكون العقد فيها فضولياً يحتاج إلى الإجازة بعد البلوغ إن قلنا بصحة الفضوليّ ولو مع عدم المجيز في من لم يكن وليّ أو كان وليّ ولم يجز ، فإن ماتا أو مات أحدهما بطل العقد لعدم تحقق الإجازة وإن أجاز أحدهما بعد البلوغ ، ثمّ مات عزل من تركته نصيب الباقي فإذا بلغ أحلف وأعطى نصيبه ، والدليل على ما ذكر صحيح الحذاء قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ .

(٢) أي في الميراث .

عن غلام و جارية زوجهما وليّان لهما وهما غير مدرّكين ، فقال : النكاح جائز وأبهما أدرك كان له الخيار وإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا أن يكون قد أدركا ورضيا ، قلت : فإن أدرك أحدهما قبل الآخر ؟ قال : يجوز ذلك عليه إن هو رضي ، قلت : فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ، ثم مات قبل أن تدرك الجارية أثرته ؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليه الميراث و نصف المهر . قلت : فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك ؟ قال : لا لأن لها الخيار إذا أدركت ، قلت : فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك ؟ قال : يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام والمهر على الأب للجارية ، (١) .

والمراد من وليّين في صدر الرواية بقرينة ذيلها غير الأب والجدة من الولي العرفي كالأخ والعمة وقد يقال : إن احتمال الرواية على تنصيف المهر لو قلنا بتمام المهر مع الفرقة بالموت لا يضر لاحتمال تقديم نصفه الآخر قبل النكاح ، ولا يخفى بعده لعدم تعرضي السؤال لتقديم نصف المهر قبل النكاح ، وترك الاستفصال كاف ، بل يكون هذا الخبر من أدلة القائلين بالتنصيف مع تحقق الفرقة بالموت ، وقد ذكر هناك أخبار كثيرة داله على التنصيف بالموت ويقال : أيضاً مقتضى الصحيحة أنه لو بلغ أحدهما وأجاز لزم العقد من جهته فيترتب عليه في حقه إن كان زوجاً آثار الزوجية المعقودة عليها من تحريم أختها وأُمّها والخامسة ، ولو أدركت الزوجة وردت الأب انفسخ من حينه لا من حين الردّ قبلاً للإجازة على أحدا الوجهين ، ويترتب عليه أنه هل يجوز نكاح أُمّها أم لا ؟ وجهان من أن النكاح في حق الزوج كان ثابتاً فارتفع بفسخ الزوجة فتحرم لأنها أم المعقودة بالعقد الصحيح اللازم من طرف الزوج ومن أن العقد إنما يتم بالطرفين فإذا لم تجز المرأة العقد فكأنه لم يقع ، وهذا الوجه أقوى لأن ما دل على تحريم أم المعقود منصرف إلى عقد ثبت صحته بينهما في آن ما فيحمل قوله في الصحيحة

« يجوز ذلك عليه إن هورضى ، على أنه يصير صحيحاً لازماً من طرفه ولا يجوز له فسخه لا ، أنه يترتب عليه الأحكام المترتبة على تحقق عقد صحيح بينهما التي من جهتها تحريم أم المعقودة ، و بعبارة أخرى دلت الصحيحة على لزوم العقد من طرفه لاثبوت الزوجية وهو العلاقة المتحققة بين الزوجين في حقه وجريان أحكام المصاهرة في حقه قبل فسخها من حيث إنه مخاطب بوجوب الوفاء بالعقد كما يدل قوله في الصحيحة « يجوز ذلك عليه » .

و من جملة آثار هذا العقد التي يجب ترتيبها هو عدم التزوج بأختها و أمها والخامسة ، وليس جريان أحكام المصاهرة من جهة دخول المعقود عليها في أفراد الزوجة حتى يقال : إنها منصرفة إلى غيرها ، بل من جهة حكم « أوفوا بالعقود » و تعرض فقررة المذكورة في الصحيحة .

و يمكن أن يقال : ما وقع عقد بين الطرفين أعني الزوج والزوجة بعد ، كما أنه في البيع الفضولي ما وقع عقد بعد بين البائع والمشتري حتى يجب الوفاء بمضافاً إلى أن وجوب الوفاء يرجع إلى طرف المعاهدة و بمجرد الإجازة لا يكون المميز طرف المعاهدة والإجازة على التحقيق شأنه النقل غاية الأمر بعد تحققها يحكم بوجوب ترتيب الآثار من قبل ، فقبل تحقق الإجازة نقطع بعدم تحقق الزوجية فما معنى حرمة تزوج الأخت و حرمة الخامسة ، و جواز النظر إلى الأم و ما معنى الانصراف المذكور فإن المنصرف عنه مصداق حقيقة ولا ازدواج في البين لا ظاهراً ولا واقعاً كما أنه في البيع الفضولي لا بيع حقيقة لا ظاهراً ولا واقعاً ، وبعد الإجازة يحكم بالكشف الحكمي بمعنى أن يعامل معاملة الزوجية والملكية من قبل ، و ما يقال من أن معنى وجوب الوفاء بالعقد وجوب ما عليه ولو لم يصل إليه ماله لا نسلم بل المعاهدة في مثل البيع على الإعطاء والأخذ لا الإعطاء بمجرداً عن الأخذ .

و كذلك في النكاح فالظاهر أن حال الإجازة من أحد الطرفين حال الإيجاب قبل مجيء القبول لا إشكال في جوازها بمعنى صحتها القابلة لأن يلحقها الإجازة من الطرف و يترتب الآثار ، ولا يستفاد من جوازها نفوذها بالنسبة إلى المميز بمعنى

وجوب ترتيب الآثار عليها .

ثمَّ إنَّه إذا بلغ أحدهما وأجاز ثمَّ مات فالباقي بعده إذا بلغ وأجاز وحلف على أنَّ الدَّاعي له إلى الإجازة ما كان رغبة في المال أخذ الميراث المعزول والظاهر أنَّه يجري عليه أحكام المصاهرة و إن مات الباقي قبل الإجازة فلا شيء و إن مات بعد الإجازة وقبل اليمين فالأقوى عدم الإرث لأنَّ اليمين من مكملات العقد بحسب النصِّ ، ثمَّ إنَّه إذا كانت المرأة باقية بعد إجازة الرِّجل وموته وأجازت و نكلت عن اليمين فمقتضى النصِّ حرمانها عن الإرث والمهر ، و إن كان الباقي الرَّجُل فأجاز ولم يحلف فقد يقال بتعلُّق المهر بذمته لأجل إقراره في ضمن إجازته وإنَّما يحرم بنكوله عن اليمين عن الإرث مع أنَّ اعتبار اليمين المخالف للأصل ثبت في طرف الزَّوجة إذا بقيت بعد الزَّوج ، وعلى ثبوت المهر فهل يرث الرَّجُل منه ؟ الأقوى نعم لاستلزام إجازته استحقاقه مقدار نصيبه من المهر على كلِّ تقدير لأنَّه إن كان صادقاً في إجازته فارثة ثابتة وإن كان كاذباً فجميع المهر له بخلاف غير المهر فإنَّه لا يستحقُّ نصيبه منها على تقدير كذبه في إجازته ، ويمكن أن يقال : إن كان اعتبار النكاح بعد موت أحد الزَّوجين بحسب العقد بعد الإجازة مطابقاً للقواعد بحيث لولا ورود النصِّ كان صحيحاً غاية الأمر اعتبر من قبل الشرع اليمين فلا بدَّ من الاقتصار على مورد النصِّ وهو اعتبار حلف خصوم الزَّوجة إذا بقيت بعد موت الزَّوج وأجازت .

وأما من طرف الزَّوج الباقي بعد الإجازة فلا دليل على اعتبار الحلف فلا بدَّ من ترتيب جميع الآثار من ثبوت المهر والإرث وأحكام المصاهرة بدون الحلف وإن كان اعتبار النكاح من طرف الشارع فقط على خلاف الأصل ، وقطعنا بعدم الفرق بين موت الزَّوج والزَّوجة فمع نكول الزَّوج عن الحلف لا وجه لثبوت المهر عليه حتَّى يتكلم في أنَّه هل يستحقُّ منه شيئاً من جهة الإرث والإجازة بدون الحلف لا أثر لها حتَّى يتمسك بإقراره في ضمن الإجازة .

﴿الخامسة إذا زوَّجها الأخوان برجلين فإن تبرَّعا اختارت أيَّهما شاءت وإن كانا وكيابن وسبق أحدهما فالعقد له . ولو دخلت بالآخر لحق به الولد وأُعيدت إلى

الأوّل بعد قضاء العدة ، ولها المهر للشبهة وإن اتفقا بطلا ، وقيل : يصح عقد الأكبر .
 إن تبرّع الأخوان يكون العقد فضولياً فالاختيار للأخت وإن كانا وكيلين و
 سبق أحدهما فالعقد له ويكون عقد الآخر باطلاً ، و مع الدخول مع الشبهة أعيدت
 إلى الأوّل ولحق به الولد للشبهة ، ولها المهر ، وعليها العدة . و مع تقارن العقدين
 المشهور بطلانهما لأنّ الحكم بصحة أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجع .

و يمكن النقض بمالو أسلم الزوج وله خمس زوجات حيث يحكم باختيار أربع
 منهنّ فالاحتياط بتطليقها لا الحكم ببطان النكاح و عدم الحاجة إلى الطلاق ، و أمّا
 القول بصحة عقد الأكبر فهو مختار الشيخ في كتابي الاخبار والعلامة في المختلف إلا أن
 يدخل بها الآخر والأصل في ذلك خبر الوليد بن سباع الاسقاط « سئل أبو عبد الله عليه السلام و
 أنا عنده عن جارية كان لها أخوان زوجها الأكبر بالكوفة وزوجها الأصغر بأرض
 أخرى ، قال : الأوّل أحقّ بها إلا أن يكون قد دخل بها ، فإن دخل بها فهي امرأته
 و نكاحه جائز ^(١) ، المحمول على صورته الاقتران بمقتضى الأصول كالمحكى من عبارة
 النهاية .

و استشكل في العمل بالرواية من جهة ضعف السند و عدم الجابر ، ويمكن أن
 يقال : المحمل على المقارنة بعيد لغلبة عدم المقارنة مع ترك الاستفصال مضافاً إلى أنّه
 كيف يمكن العلم بالمقارنة مع وقوع العقدين في أرضين حيث إنّ المقارنة تتحقق بمقارنة
 الحرف الأخير من القبول مع مثله فالأولى حمل العقدين على الفضولين فالأولى أن
 يجيز الأخت عقد أكبر الأخوين و مع الدخول بها قد اختارت الدّاخل بها ولا
 محذور فيه .

السّادسة لا ولاية للأمّ ، فلو زوجت الولد فأجاز صحّ ، و لو أنكر بطلت
 و قيل : يلزمها المهر ويمكن حمله على دعوى الوكالة و يستحبّ للمرأة أن تستأذن أباه
 بكرأكان أو ثيباً وأن توكل أخاها إذا لم يكن لها أب ولا جدّ وأن تعوّل على الأكبر

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٧ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

وإن تختار خيرته من الأزواج .

أما عدم ولاية الأم فلما دل على عدم الولاية لغير من ثبت بالأدلة ولايته كصحيح ابن مسلم في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان قال : إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم ، ^(١) وصحيحة الحداء المتقدمة الدالة على أنه إذا زوج الصغير غير الأب وقف التوارث بعد موت أحدهما على بلوغ الباقي وإجازته للنكاح والمخالف الاسكافي وقد حكى عن رسول الله ﷺ أنه أمر نعيم بن نجاح أن يستأمر أم ابنته في أمرها وقال : «اعتمروهن في بناتهن» . والخبر ضعيف السند فمع عدم الولاية لو زوجت الولد يكون العقد فضولياً يحتاج إلى الإجازة ولو أنكر بطل العقد ، وعن الشيخ أنه إن رد لزماً المهر واستدل عليه بخبر محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام «أنه سأل عن رجل زوجته أمه وهو غائب قال : النكاح جائز إن شاء الزوج قبل وإن شاء ترك فإن ترك الزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه» ^(٢) .

و عن الشيخ في النهاية الفتوى به لكن الرواية ضعيف السند ^(٣) والمشهور لم يعملوا بها وربما حملت على صورة دعوى الوكالة من الأم ولم تثبت لأنها حينئذ قد فوّتت البضع على المرأة ، واستشكل بأن ضمان البضع بالتفويت مطلقاً ممنوع وإنما المعلوم ضمانه بالاستيفاء على بعض الوجوه لا مطلقاً ، نعم ذكر في باب الوكالة أخبار وفيها الصحيح دالة على الضمان بدعوى الوكالة بنصف المهر ، والتعليل بأنه ضيع حقه بترك الإشهاد وهو خلاف ما يظهر من هذه الرواية من ضمان تمام المهر .

وأما استحباب استئذان المرأة أباًها فللأخبار التي سبق ذكرها الظاهرة في أن أمرها بيد الأب المحمولة على تأكيد أن يجعل أمرها إليه وهي وإن كان غالبها مختصة بالبكر لكن في بعضها إطلاق يشمل الثيب فلاحظ ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : «لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها ليس

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) تقدم عن الكافي ج ٥ ص ٤٠١ و ٤٠٢ .

(٣) لان فيه اسماعيل بن سهل الدهقان قال النجاشي والعلامة : ضعف أصحابنا .

لها مع أبيها أمرٌ، فقال : يستأمرها كلُّ أحد ما عدى الأب ، ^(١) .

هذا و لكن يشكل استفادة الاستحباب من تلك الأخبار ، بل هي معارضة مع ما دلَّ على استقلال البكر ، و أمّا الثيب فلا إشكال في استقلالها للأخبار فمع الأخذ بالأخبار الدالة على الاستقلال و حمل ما يعارضها على الاستحباب يتم ما ذكر لكنّه مشكل للإباء عن هذا الحمل .

و أمّا استحباب توكيل الأخ إن لم يكن لها أبٌ أو جدٌ والتعويل على الأكبر فلمرسل الحسن بن عليٍّ ، عن الرضا عليه السلام « الأخ الأكبر بمنزلة الأب ، ^(٢) و يستفاد منه التعويل على الأكبر و لعله يستفاد ممّا دلَّ على أن من بيده عقدة النكاح الأخ استحباب توكيل الأخ مطلقاً فتأمل .

﴿ الفصل الثالث في أسباب التحريم وهي ستة النسب و يحرم به سبع الأم وإن علت والبنت وإن سفلت والأخت و بناتها و إن سفلن والعمّة و إن ارتفعت و كذا الخالة و بنات الأخ و إن هبطن ﴾ .

السبع المذكورة هي التي تضمنها الآية الشريفة « حرّمت عليكم أمّهاتكم و بناتكم و أخواتكم و عمّاتكم و خالاتكم و بنات الأخ و بنات الأخت ، والمراد بالأمّ هنا و إن علت هي كل امرأة ولدتك أو انتهى نسبك إليها من العلوّ بالولادة لأب كان أو لأمّ ، والمراد بالبنت كل من ينتهي إليك نسبها بالتولد ولو بوسائط والمراد بالأخت و ابنتها كل امرأة ولدها أبواك أو أحدهما أو انتهى نسبها إليهما أو إلى أحدهما بالتولد، و نحوها بنت الأخ .

والمراد بالعمّة فصاعداً هي كل أنثى هي أخت ذكر ولدك بواسطة أو غيرواسطة من جهة الأب أو الأمّ أو منهما .

و المراد بالخالة فصاعداً كل أنثى هي أخت أنثى ولدتك بواسطة أو غيرواسطة والمراد بقولنا « فصاعداً » في العمّة والخالة لتدخل عمّة الأب والأمّ وخالتهما وعمّة

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٣ والتهذيب ج ٢ ص ٢٢١ . والاستبصار ج ٣ ص ٢٣٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٥ .

الجدُّ والجدَّة وخالتهما، وهكذا العمَّة العمة وخالة الخالة فانهما قد لا تكونان محرمتين وقد تكونان محرمتين، فأما بالنسبة إلى العمَّة فإنَّ عمَّة العمَّة قد تكون محرمة كما إذا كانت العمَّة القريبة عمتَه لأبيه وأمه أو لأبيه، فعمَّة هذه العمَّة تكون أخت جدِّه لأبيه فتكون عمتَه تحرم عليه مثل عمتَه القريبة وقد لا تكون محرمة، كما لو كانت عمتَه القريبة عمَّة لأمِّ بمعنى أنها أخت أبيه من الأمِّ فعمتها حينئذٍ تكون أخت زوج جدِّته أمُّ أبيه، وأخت زوج الأمِّ لا تحرم فأخت زوج الجدِّه أولى. وأما بالنسبة إلى الخالة فإنَّ الخالة القريبة قد تكون خالة لأب وأمِّ أو لأمِّ بمعنى أنها أخت أمِّه من الأبوين أو من الأمِّ فخالتها على هذا تحرم عليه لأنها أخت جدِّته لأمِّه.

أما لو كانت خالته لأب خاصة بمعنى أنها أخت أمِّه من الأب خاصة فإنَّها لا تحرم عليه لأنَّ أمَّ خالته القريبة تكون امرأة جدِّه لا أمِّ أختها فأختها تكون أخت امرأة الجدِّ، وأخت امرأة الجدِّ لا تحرم عليه.

ثمَّ لا يخفى أنَّ ما تضمنته الآية الشريفة من التحريم على الرِّجال مستلزم للتحريم على النساء فكما يحرم على الرِّجل أمُّه يحرم على الأمِّ ابنها.

﴿الثاني الرِّضاع ويحرم منه من النسب وشروطه أربعة: الأول أن يكون اللبن عن نكاح فلودر أو كان عن زنا لم ينش، الثاني الكميَّة وهي ما أنبت اللحم وشدَّ العظم، أو رضاع يوم وليلة، ولا حكم لما دون العشر، وفي العشر روايتان أشهرهما أنها لا ينش، ولو رضع خمس عشرة رضعة فنش﴾

الرِّضاع من الأسباب الموجبة لحرمة النكاح في الجملة، ويدلُّ عليه كتاب العزيز والنصوص الكثيرة، وقبل التعرُّش لما يعتبر في نشر الحرمة لابدَّ من ذكر أمور أحدها أنَّه قد ذهب بعض الأعلام من المتأخِّرين إلى أنَّه يحرم من جهة الرِّضاع ما يحرم من النسب، سواء كان الحرمة من النسب لذاته كالأمِّ أو الملازمة مع ذلك كالأمِّ الأخ من الأبوين الملازمة لكونها أمًّا له.

وقد ذكر لعدم تماميَّة هذا القول بعد تمهيد مقدِّمة وهي أنَّه كما أنَّ القرابة

تكون عند العرف منشأ لاتزاع عناوين خاصة كالأبوة و الأمومة والأخوة من العناوين النسبية كذلك الرضاع الذي هو عبارة عرفاً بل لغة عن امتصاص الطفل ثدي المرأة لشرب اللبن يكون عندهم بمنزلة النسب في كونه منشأ لتلك العناوين الخاصة ، فإذا أرضعت امرأة من لبن فحلبها طفلاً يكون ذلك الطفل عندهم بمنزلة ابنهما و يكونان بمنزلة أبويه ويكون ابنهما النسبي بمنزلة أخيه أنه ليس المراد من قوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» ^(١) أن نفس ما يحرم من جهة النسب يحرم من جهة الرضاع بل المراد أن كل عنوان من العناوين النسبية المحرمة شرعاً إذا حصل نظيره بسبب الرضاع يكون حكمه حكمه ، وإنما عبّر عن هذا المعنى بتلك العبارة للتنبه على اعتبار اتحاد ما يحصل بالرضاع من العنوان صنفاً مع ما يحصل بالنسب من العنوان المحرّم ، فالنبوي ناظر إلى أدلة تحريم العناوين النسبية ويكون في مقام تنزيل العناوين الحاصلة بالرضاع منزلة العناوين الحاصلة بالنسب في الحكم ، فيكون المراد من الموصول العناوين الخاصة النسبية التي تعلق بها التحريم في موارد النصوص و معاهد الاجماع كالأُمّ و الأخت دون الأعم منها و من العناوين الملازمة لهما كأمّ الأخ والأخت من الأبوين الملازم لعنوان الأمّ ، سلمنا عدم ظهوره في خصوص المتصف بالحرمة ذاتاً لكن ظهوره في الأعم ممنوع جداً ففي غير المتيقن يرجع إلى الأصول العملية .

ويمكن أن يقال : ما ذكر في المقدمة من إيكال ما ذكر إلى العرف يشكل فإنه ربما يشك في صدق الأمومة بامتصاص الصبي ثدي المرأة للشرب عشر مرات أو خمس عشرة مرة فلا بد من الرّجوع إلى الشرع فيؤخذ بحكم الشرع تعبدًا كما يؤخذ بحكم الشرع بحصول العادة للحائض برؤية الدّم مرتين في شهرين بنحو واحد و ما ذكر بعد تمهيد المقدمة يشكل لأنه لا نجد الفرق بين ما نحن فيه و بين ما قام البيّنة عليه أو أخبر العدل أو الثقة به حيث يلتزمون بترتيب الأثر على ما يكون ملازماً لما قامت البيّنة عليه وما أخبر به العدل أو الثقة مع أن الدليل لا يدل إلا على تصديق البيّنة أو العدل فيما قامت عليه البيّنة أو أخبر به العدل و كذلك في باب الإقرار فإن دليل

نفوذ الإقرار لا يدل إلا على نفوذه فيما أقر به لا لوازم المقر به مع أنهم يأخذون باللوازم .

ثم إنه ذكر في رد ما تمسك به لعموم المنزلة من أنه لا شك في أن أم ولد البنت من النسب بنت و كل بنت محرمة من جهة النسب فينتج أن أم ولد البنت محرمة من جهة النسب و تجعل هذه النتيجة صغرى لكبرى أخرى ، ويقال : كل ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع فينتج أن أم ولد البنت تحرم من الرضاع إن جعل نتيجة القياس الأول صغرى للقياس الثاني لا يصح لما عرفت من أن المراد من الموصول خصوص العناوين المحرمة المذكورة في الكتاب والسنة وليس عنوان أم ولد البنت منها بل لا يصح التمسك لعموم المنزلة ولو على كون المراد الأعم من العناوين المحرمة في لسان الشارع و من العناوين الملازمة لها وذلك لأن العناوين الملازمة إنما تحرم في النسب لأجل ملازمتها للعناوين المحرمة بالذات و يفيد اتصافها بها ضرورة أن أم ولد بنت الشخص مثلاً إنما تكون محرمة عليه من جهة النسب بعنوان كونها بنتاً له لا بعنوان كونها أم ولد بنته إذ لا نسب بينها وبين الشخص من جهة هذا العنوان فالمحرمة في النسب هي أم ولد البنت المقيّدة بكونها بنتاً وأخت الأخ المقيّدة بكونها أختاً وهكذا و من المعلوم عدم حصول هذه العناوين المقيّدة بالرضاع كي تحرم من جهته كما تحرم من جهة النسب ، ويمكن أن يقال : إذا اتحد مفهوم البنت على أم ولد البنت فتكون أم ولد البنت منسوبة إلى الشخص بمقتضى الحمل الشائع ولا إشكال في أن الموضوع في هذه القضية ما صدق عليه أم ولد البنت فقط لا أم ولد البنت المقيّدة بكونها بنتاً فإذا قيل : العالم متغير فمفهوم المتغير محمول على ما صدق عليه العالم لا بقيد أنه متغير حتى يصير العالم المتغير متغير ، فإذا كانت أم ولد البنت منسوبة من جهة اتحاد مفهوم البنت عليها فأم ولد البنت في الرضاع تحرم أخذاً بالنبوي المشهور بناءً على كون المراد الأعم .

ثم إنه ذكر أنه يمكن الاستدلال لعموم المنزلة بما ورد من تعليل النهي عن تزويج أب المارضع بأم أولاد المارضة و أولاد صاحب اللبن بأن وادها صارت بمنزلة

ولله فإن مقتضى تنزيل أولادها أولاداً له هو تحريم كل من كان حراماً عليه أو على أولاده وإخوانه وأخواته لو كان أولاد المرضعة أولاداً له حقيقة لأنه كما تحرم عليه بناتها لأنهن صرن بناتاً له ، كذلك يحرم من على جميع أولاده لأنهن صرن أخوات لهم ويحرم من على إخوانه لأنهم صاروا أعماماً لهم .

وأجيب بما حاصله نفى الإطلاق في التنزيل بلحاظ جميع الآثار تارة من جهة الانصراف إلى خصوص مورد السؤال وأخرى من جهة عدم الظهور فيؤخذ بالقدر المتيقن . ويمكن أن يقال : لعل العرف لا يساعد على ما ذكر فإذا سئل العبد عن إكرام زيد فأجاب المولى بقوله أكرمه لأنه عالم يستفاد منه وجوب إكرام كل عالم لا خصوص زيد وفي باب الاستصحاب مورد السؤال في خبر زرارة الشبهة الموضوعية ومع هذا يأخذ القائلون بحجية الاستصحاب في الشبهات الحكمية بالإطلاق مع وجود القدر المتيقن في مقام التخاطب والحاصل أنه إذا كان المتكلم في مقام البيان كما هو مقتضى الأصل فلا بد من بيان ماله دخل في الحكم ووجود القدر المتيقن ليس بياناً والانصراف لا بد أن يكون واضحاً حتى يكون بمنزلة التقيد .

الثاني من الأمور أن العناوين المحرمة منها ما يكون تحريمه مستنداً إلى النسب وحده فيكون النسب كالعلة التامة للتحريم كالأم والبنت والأخت ، ومنها ما يكون تحريمه مستنداً إلى العنوان المتحصل من النسب ومن غيره فيكون النسب كجزء العلة كأم الزوجة التي يكون تحريمها مستنداً إلى عنوان المصاهرة المتحصلة من ثبوت الزوجية بين الرجل والمرأة وثبوت النسب بين الزوجة وامرأة أخرى لا إشكال في سببية الرضاع لنشر الحرمة فيما لو كان العنوان المتحصل به من قبيل القسم الأول وإنما وقع الإشكال في سببيته للنشر فيما إذا كان العنوان المتحقق به من قبيل القسم الثاني ، ومن هنا استشكل غير واحد في حرمة أم الزوجة وأختها الرضاعيتين وقد يقال : إن الحق سببته للنشر في هذا القسم أيضاً وذلك لصحة استناد تحريم أم الزوجة وأختها على الزوج إلى النسب وإذا صح استناد التحريم إلى النسب يعم إطلاق قوله عليه السلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وتوهم أن المراد بالنسب في

النَّبِيُّ هو النسب المتحقق بين المحرّم والمحرّم عليه يدفعه إطلاق لفظ النسب الموجب للتحريم سواء كان بين المحرّم والمحرّم عليه أم بين أحدهما وزوج الآخر ، و من هنا يصحُّ الأخذ بالنبوي في تحريم مرضعة الغلام الموقب و أخته و بنته الرضاعيتين على الموقب بالكسر و تحريم أم الزوجة و إن كان من جهة المصاهرة لا النسب إلا أنهما كانتا المصاهرة قائمة بأمرين ثبوت الزوجة و ثبوت القرابة والنسب بين الزوجة وامرأة يكون التحريم مستنداً أيضاً و يكفي في صحته التنزيل الجريئة للموضوع مع إحراز الجزء الآخر بالوجدان .

و يمكن أن يقال : لإشكال في صحة استناد التحريم مع عدم كون النسب بمنزلة العلة التامة و كونه جزء العلة لكن مع التشكيك في الأمر السابق والأخذ بالمتيقن أو دعوى الانصراف كيف يؤخذ بالإطلاق هنا فلقائل أن يقول : إذا نسب التحريم إلى النسب فالقدر المنصرف إليه أو المتيقن هو صورة كون النسب بمنزلة العلة التامة لاجزاء العلة و مجرد صحة الاستناد لا يكفي .

الامر الثالث إذا شك في اعتبار جزء في نشر الحرمة بالرضاع فهل مقتضى الأصول اللفظية والعملية هو نشرها بهمع عدم تحقق ذلك القيد المشكوك أو العدم ؟ قد يقوي العدم لأصالة عدم وجود سبب التحريم المانع عن تأثير عقد النكاح حدوثاً وبقاءً ، ولا مجال للتمسك بالإطلاقات والنبوي « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » لكونها مسوقة لبيان أن الرضاع كالنسب في السببية ، وأما إن السبب ما هو فليس بصديان ، و يدل عليه كثرة التقييدات .

و يمكن أن يقال : أما ما ذكر من أصالة عدم وجود سبب التحريم فيشكل من جهة عدم الشك في الخارج وهذا نظير الشك في تحقق المغرب باستتار القرص أو ذهاب الحمرة المشرقية فيقال بعد تحقق الاستتار الموجب لوجوب صلاة المغرب إن كان الاستتار فقد تحقق و إن كان ذهاب الحمرة فلم يتحقق فأين الشك ، نعم يحصل في الموجب لكنه ليس ذا أثر بل الوجوب مترتب على أحد الأمرين وليس واحد منهما مورداً للشك ففي المقام بعد تحقق العشر لو شك في أن الناصر عشر رضعات أو خمس عشرة رضعة

مثلاً لا شك في الخارج لأن العشر تحقق قطعاً وخمس عشرة لم تتحقق قطعاً .
 وأما ما ذكر من عدم الإطلاق فإن كان مجرد الاحتمال أعني احتمال عدم كون
 المتكلم في مقام البيان كافياً في عدم الإطلاق أشكل الأمر في كثير من المطلقات الفاقدة
 لذكر القيود أو الاستثناء الموجبة للعلم بكونه في مقام البيان وإن كان الأصل كونه في
 مقام البيان إلا أن يحرز من الخارج خلافه فليس في مقامنا ما يظهر منه عدم كونه في مقام
 البيان ، هذا مع أن هذا لا يجتمع مع القول بعدم الحاجة إلى مقدمات الحكمة و
 إحراز كون المتكلم في مقام البيان ، بل يقال : الأصل يقتضي تعلق الحكم بمتعلقه
 بالذات لا بالعرض والمجاز فإذا قال المولى لعبده : أكرم العالم وشك في اعتبار العدالة
 تقول لو كان للعدالة مدخلية لكان تعلق الوجوب بإكرامه بالعرض والمجاز لأن المتعلق
 بالمركب تعلقه بالجزء ليس بالذات بل بالعرض وإن كان ما ذكر محل تأمل ، هذا مع
 أن إنكار الإطلاق هنا كيف يجتمع مع الأخذ بالإطلاق من جهة تمام السبب و جزء
 السبب للتحريم .

و أما ما ذكر من الاستدلال بكثرة التقييد على عدم كونه في مقام البيان فالظاهر
 أنها لا تضر بالإطلاق مع كون الباقي أكثر مما خرج ، نعم قد سبق أنه إذا كان اللازم
 حصول مماثل العناوين الحاصلة بالنسب بالرضاع كالأمومة والأخوة والبنوة فكثيراً
 يحصل الشك في حصولها بالرضعات ، فلا مجال للأخذ بالإطلاق .

وأما الشروط : فمنها أن يكون اللبن عن نكاح فلا عبرة بما إذا در لا عن وطى
 أو عن وطى بالزنا ، واستدل عليه بالأخبار .

منها صحيحة عبدالله سنان و حسنه بابن هاشم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن
 لبن الفحل قال عليه السلام : هو ما أرضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك ولد امرأة أخرى وهو
 حرام ، (١) .

ومنها صحيحة بريد العجلي عن الصادق عليه السلام « كل امرأة أرضعت من لبن
 فحلها ولد امرأة أخرى من غلام أو جارية فذلك الرضاع الذي قال رسول الله ﷺ

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، (١) .

و رواية يونس بن يعقوب ، عن امرأة درّ لبنها من غير ولادة فأرضعت ذكراً و
وإنثاً أبحرم بذلك ما يحرم من النسب ؟ فقال عليه السلام : لا ، (٢) .
والظاهر أنه لا بدّ أن يكون اللبن عن حمل فإن اللبن المضاف إلى الفحل
والولد ما تكون بعد الوطى والعلوق والحمل وتخلق الولد . والأصل في القيود الاحترازية
ولا يبعد عدم اعتبار خصوص الوطى وكفاية حصول الولد من ماء الرّجل بدون الوطى
كما لو سبق ماؤه بالملاعبة مع المرأة فحملت لأنّ المناط إضافة اللبن إلى الفحل
والولد .

وهل يعتبر في النشر انفصال الولد أو يكفي الحمل ؟ قولان قد يقوى الثاني لا
من جهة إطلاق الأدلة بل لقوله عليه السلام على المحكي في صحيحة بريد المتقدمة « كل
أمرأة أرضعت من لبن فحلبها - الخ » .

و صحيحة ابن سنان المتقدمة « ما أرضعت امرأتك من لبنك و لبن ولدك ، و
بشكل من جهة الشكّ في صدق الولد على الحمل . ودفع هذا الاشكال بأنّ عدم صدق
الولد على الحمل عرفاً لا يقتضي عدم صدق لبن الولد على اللبن الموجود حال الحمل
مشككاً فإنّه كيف يضاف اللبن الموجود إلى ما يتولد بعد مدّة ولا أقلّ من الشكّ
مضافاً إلى رواية يونس بن يعقوب المتقدمة ، والاشكال فيها بضعف السند مشككاً فإنّ هذه
الرواية رواها في الكافي ورواه الصدوق بإسناده ، عن ابن أبي عمير ، عن يونس بن يعقوب
وروى الشيخ ، عن يعقوب بن شعيب قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : امرأة درّ لبنها من
غير ولادة فأرضعت ذكراً و إنثاً أبحرم من ذلك ما يحرم من الرضاع فقال لي
لا ، (٣) .

(١) الفقيه باب الرضاع رقم ٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٦ والفقيه باب الرضاع تحت رقم ٢٢ . والكافي ج ٥

و بهذا الخبر استدلّ العلامة في التذكرة على أن لبن الأحيال لا حرمة له ، وقد يحمل رواية يونس على ما إذا درّ اللبن لا عن حمل ، ويقال في جواب من يتوهم أنه لا وجه لهذا الحمل مع كون الرّواية أخصّ بل لا بدّ من تخصيص المطلقات أن الصحيحين المتقدمين حيث تكونان في مقام التفسير والبيان تكونان كالنصّ الصريح في الإطلاق فلا محيص عن الأخذ باطلاقهما بماله من الحدود والقيود إلا فيما قام دليل قطعي على الخلاف كما في المملوكة والمحلّلة حيث لا خلاف في شمول الوطي الصحيح للوطي بملك اليمين والتحليل أيضاً مع عدم صدق لبن فحلها ولبن امرأتك .

و يمكن أن يقال : الصحيحتان ليستا كذلك ألا ترى أن ظاهرهما كفاية مجرد الإرضاع بدون تعيين الكميّة والمقدار مع اعتبار الكميّة بحسب الأدلة ، ثمّ إنه لا إشكال في نشر الحرمة بالارتضاع من المملوكة والمحلّلة ، وإنما الإشكال في الوطي بالشبهة من جهة عدم شمول الصحيحتين مع أن المشهور إلحاقه بالوطي الصحيح و لعلّ نظرهم إلى المطلقات فمع الإشكال في إطلاقها من جهة عدم كونها في مقام البيان يشكّل نشر الحرمة إلا أن يدلّ دليل على ترتّب جميع ما يترتب على الوطي الصحيح على الوطي بالشبهة .

ثمّ إنه هل يعتبر في انتشار الحرمة شرب اللبن على نحو الامتصاص من الثدي أولاً ؟ قولان قد يقوي الأوّل لاختصاص الارتضاع عرفاً و لغة به و عدم صدقه على الشرب بالوجور ^(١) ولأقلّ من الشكّ فيرجع إلى الأصل ، وقيل : بالاكْتفاء بالوجور و شرب المحلوب منه و لعله إمّا لدعوى صدق الارتضاع وإمّا لدعوى تنقيح المناط وإنّ علة الموجبة للتحريم هي إنبات اللحم و شدّ العظم كما يظهر من غير واحد من الأخبار و أمّا لصريح المرسل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « وجور الصبي اللبن بمنزلة الرّضاع » ^(٢) .

و استشكل بمنع صدق الارتضاع ، و على فرض التسليم لا يجدى مع الانصراف

(١) الوجور : الصب في الحلق .

(٢) الفقيه باب الرضاع : ٢٣ .

إلى خصوص الامتناع ومنع كون العلة مطابقاً لإنبات والشدة بل العلة الإنبات والشدة
الحاصلان بالامتناع ، و ضعف المرسل المذكور مع عدم الجابر بل وجود الموهن
لأعراض المشهور ، وأورد على المرسل بمعارضتها برواية زرارة عن الصادق عليه السلام « لا يحرم
من الرضاع إلا ما ارتفع من ثدي واحد حولين كاملين » ^(١) حيث إنها صريحة في اعتبار
الارتضاع ، وأجيب بأن المرسل ناظره إلى ما هو الموضوع للحكم في الرواية المزبورة
فتكون حاكمة ، و ثانياً بأن ما تضمنته الرواية من تحديد مقدار الرضاع بالحولين
خلاف الإجماع وضعف الجواب بأن المرسل إنما دل على أن الوجور بمنزلة الرضاع
لأنه بمنزلة الارتضاع و إمكان أن يكون التقييد بالحولين في الرواية للدلالة
على اعتبار كون الرضاع قبل الفطام فيكون الحولان ظرفاً لأصل الرضاع لا لمقداره
و يشكل التضعيف المذكور حيث إن الرضاع والارتضاع مثل الكسر والانكسار ، فإذا
دل الدليل على أن الوجور بمنزلة الرضاع كفى في الحكومة ، و حمل الحولين على
ما ذكر بعيد لا يصار إليه ، ثم أورد على الرواية المذكورة بأن ما تضمنته من اعتبار اتحاد
المرضعة في نشر الحرمة بين المرتضعين وعدم كفاية اتحاد الفحل خلاف الإجماع المدعى
في كلام بعض ولما دل على كفاية اتحاد الفحل ، ثم وجهت الرواية بأن يقال : إن
لفظة « واحد » ليست صفة للثدي بل صفة للرجل المحذوف ، والمعنى إلا ما ارتضاعاً من
ثدي يكون مختصاً برجل واحد .

و لقائل أن يقول : هذا التوجيه لا يناسب مع وصف الثدي بالواحد بل يناسب
مع الإضافة و حيث لم يعلم كيفية الصدور من الإمام عليه السلام بأي نحو كانت لا مجال
للاستدلال بها ، ثم إنه يعتبر في اللبن أن يكون من امرأة واحدة ومن فحل واحد فلو انتفى
أحد الأمرين فلا نشر ، و يدل على ذلك قوله عليه السلام في موثقة زياد بن سودة الآتية
لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم و ليلة أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة
واحدة من لبن فحل واحد . وقوله عليه السلام في صحيحة بريد العجلي المتقدمة « كل امرأة أرضعت
من لبن فحلها ولد امرأة أخرى من جارية أو غلام فذلك هو الرضاع الذي قال رسول

الله ﷺ : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

والمراد من فعلها الشخصي ' لا النوعي ' بقرينة قوله بعد ذلك ' وكل امرأة أرضعت من لبن فحلين كانا لها واحداً بعد واحد فإن ذلك الرضاع ليس بالرضاع الذي قال رسول الله ﷺ : ولا يعارض ما ذكر بعض الأخبار المطلقة لعدم التعارض بين المطلق والمقيد .

و من شروط النشر الكمية و بلوغ الرضاع حداً خاصاً فلا يكفي مسمى الرضاع . ويدل على اعتبارها الأخبار والأصحاب تبعاً لأخبار الباب قد روا بتقديرات ثلاث أحدها التقدير بالأثر وهو ما أنبت اللحم و شدة العظم ، و يدل عليه الأخبار المستفيضة منها صحيحة علي بن رثاب ، عن أبي عبد الله عليه السلام قلت : ما يحرم من الرضاع ؟ قال : ما أنبت اللحم و شدة العظم ، قلت : يحرم عشر رضعات ؟ فقال : لا ، لأنها لا تنبت اللحم ولا تشد العظم ، ^(١) .

ويظهر من بعض الأخبار التحديد بما أنبت اللحم والدّم كخبر حماد بن عثمان في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم والدّم ^(٢) ، .

وقد يقال في دفع المعارضة بإمكان أن تكون بين إنبات اللحم والدّم وبين اشتداد العظم ملازمة وجوداً و عدماً ومعه لا علم بالمعارضة و عليه فلو علم بإنبات اللحم والدّم تعيين الحكم بالنشر ولو لم يعلم باشتداد العظم و ذلك لا إطلاق مادل على النشر به السالم عما يعارضه عدى أصالة عدم الاشتداد وهي لا تصلح لمعارضة الإطلاق .

و يمكن أن يقال : مع التحديد بالحدّ الخاص لا بدّ في ترتيب الأثر من إحراز الحدّ ، ومجرد احتمال كون حدّ خاص آخر ملازماً مع الحدّ لا يوجب ترتيب الأثر ولا مجال لأن يقال : لا مانع من الأخذ بكلّا الحدين كما في حدّ الترخّص

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٣ .

(٢) د د د د

للمسافر للتعبير بأنه : لا يحرم إلا ما أثبت - إلخ . والحمل على الحصر الإضافي بعيد ، وما يقال من إمكان إحراز حصول الاشتداد بذلك الإطلاق ينافي ما هو المعروف من أن أصالة العموم والإطلاق يؤخذ بها مع الشك في المراد لا فيما كان المراد معلوماً ، ولا مجال لجعل أحدهما طريقاً إلى الآخر لعدم أعرافية أحدهما من الآخر ، مضافاً إلى أنه لم يظهر طريقيّة أحدهما المعين والطريق لا بدّ من معرفته والذي يسهل الخطب الرجوع إلى عدد الرضعات أو الإرضاع يوماً و ليلة .

الثاني من التقديرات التقدير بالزمان والمعروف أنه يوم و ليلة ، ويدل عليه موثقة زياد بن سوفة قال : « قلت لأبي جعفر عليه السلام هل للرضاع حد يؤخذ به ؟ فقال : لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم و ليلة أو خمس عشر رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد ولم يفصل بينها رضعة امرأة غير ها - الخبر ، ^(١) .

ولامجال للخدشة في السند من جهة عمار بعد كونها معمولاً بها ، واشتمال السند على ابن محبوب الذي هو ممّا أجمع الأصحاب على تصحيح ما يصح عنه ، ومقتضى إطلاقها الاكتفاء بما هو المتعارف من الرضاع في اليوم والليل فلا يعتبر إكمال الرضعة في كلّ مرة بل يكفي الإكمال بمرّة أخرى ولا التوالى فلو تخلّل بين رضعاته يسير من الطعام بحيث لا يغني عن شرب ما اعتاده من اللبن ينشر الحرمة ولا ينافي في ذلك قوله : « متواليات » لظهور كونه قيداً للتقدير الثاني ولو منع ذلك وقيل بالاجمال لاحتمال رجوعه إلى التقديرين يرجع إلى إطلاق صحيحة بريد العجلي المتقدم .

ويمكن أن يقال : لا إطلاق للصحيحة لأن مقتضى إطلاقه الاكتفاء بالمسمى ، ويمكن أن يكون الدليل متعرّضاً للتحديد من جهة دون جهة أخرى فإذا بني على التشكيك في أمثال المقام أمكن التشكيك فيه إلا أن الرجوع إلى تقدير الأوّل لعله لا يطابق القواعد العربية لعدم ذكر العدديه حتى يصح وصفه بالجمع . وقد يقال : تكفي في صدق يوم و ليلة التلفيق ولو شك في ذلك ترجع إلى إطلاق الصحيحة ووجه الصدق أنه يفهم من التعبير بيوم و ليلة مقدارهما بحسب الزمان ألا ترى أنه يقال : سافرت يوماً

و ليلة ولو مع عدم وقوع ابتداء المسافرة في ابتداء اليوم و لازم ذلك كفاية إرضاع أربع وعشرين ساعة تقريباً ولو كان تمام المدة ليلاً أو نهاراً كما في البلاد القريبة من القطب والأخذ بإطلاق الصحيحة الكلام فيه ما ذكر آنفاً .

الثالث من التقديرات التقدير بالعدد وقد اختلف فيه الأصحاب لاختلاف أخبار الباب فالمحكي^١ عن ابن جنيد كفاية رضة واحدة كاملة مستنداً في ذلك إلى عموم الكتاب والسنة و خصوص غير واحد من الرّوايات كمكاتبة عليّ بن مهزيار^٢ عما يحرم من الرّضاع قال : عَلَيْهِ السَّلَامُ إذا أرضع حتى تملأ بطنه فإن ذلك ينبت اللحم والدم وذلك الذي يحرم^(١) . ورواية السكوني^٣ والنسائي^٤ يحرم بالرضعة ما يحرم الحولان^(٢) . والعلوي^٥ الرضة الواحدة كالمائة رضة ،^(٣) .

وهذا القول ضعيف جداً لمعارضة ما استدللّ به عليه من الأخبار مضافاً إلى ضعفها سنداً بالكتابة والإضمار والإرسال و موافقة العامة بالنصوص الدالة على عدم النشر بما دون العشر كرواية الفضيل الموصوفة بالصحة في كلام بعض عن الباقر عَلَيْهِ السَّلَامُ قال : لا يحرم من الرّضاع إلا ما كان مجبوراً ، قلت : وما المجبور ؟ قال عَلَيْهِ السَّلَامُ : أمّ تربي أو ظئر تستأجر أو أمة تشتري ، ثمّ ترضع عشر رضعات يروّي الصبي و ينام ،^(٤) . و بالنصوص الدالة على عدم النشر بمادون خمس عشرة رضة كصحيحة عليّ بن رثاب و موثقة زياد بن سوفة المتقدمتين ، و موثقة عبيد بن زرارة ، عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ قال : «سمعتة يقول عشر رضعات لا يحرم من شيئاً ولا ينبغي الإشكال في ترجيح هذه النصوص على تلك الأخبار لما في هذه من الصحة سنداً والقوة دلالة و استناد المشهور إليها عملاً بخلاف تلك .

و لقائل أن يقول : مقتضى صحيحة عبد الله بن سنان أو حسنه بابن هاشم و صحيحة بريد العجلي^٦ المتقدمتين إن قلنا : بأنهما في مقام البيان من جميع الجهات تؤيد قول ابن الجنيد وليس فيهما ضعف بحسب السند أو الإضمار أو الكتابة ، و إن

(١) (٣٩٢١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٤ .

(٢) (٤) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ١٢ .

قلنا: بأنهما ليستا في مقام البيان مع جميع الجهات فلامجال للأخذ بإطلاقهما في محل الشك كما سبق نعم المعارضة باقية على تقدير الإطلاق والمحكي عن أكثر المتقدمين هو التحديد بال عشر مستنداً في ذلك إلى بعض النصوص الدالة على نشر الحرمة بال عشر إذا كانت متوالية . كرواية الفصيل المتقدم ، وموثقة عمر بن يزيد قال : « سألت الصادق عليه السلام عن الفلام يرضع الرضعة والرضعين فقال : لا يحرم فعددت عليه حتى أكملت عشر رضعات ، فقال عليه السلام : إذا كانت متفرقة فلا ، (١) .

و رواية هارون بن مسلم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا يحرم من الرضاع إلا ما شدة العظم وأنبت اللحم ، وأما الرضعة والرضعتان والثلاث حتى بلغ عشرأ إذا كن متفرقات فلا بأس - الخبر (٢) .

والمحكي عن أكثر المتأخرين هو التحديد بالخمس عشرة رضعة واستدل عليه بصحيفة علي بن رثاب وموثقة زياد بن سودة المتقدمتين ، وفي مقام المعارضة مع ما دل على كفاية العشر يجاب بتقديم ما دل على عدم كفاية العشر لكونهما أصح سنداً وأقوى دلالة منها ، فمع تسليم مقاومة ما دل على كفاية العشر سنداً ودلالة من جهة ذهاب القدماء إلى الكفاية يقال : إن المرجع هو الأصل القاضي بالتحليل لإطلاقات الأدلة الدالة على سببية الرضاع للتحريم من الكتاب والسنة للمنع عن كونها إلا في مقام أصل التشريع ، ولو سلم الإطلاق فلا مجال أيضاً لأن التمسك بها في المقام من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية لما سبق من أن المراد من قوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » هو تنزيل ما يحصل بالرضاع من العناوين منزلة ما يحصل منها بالنسب في الحكم . ومن المعلوم أن مجرد تحقق مسمى الرضاع لا يكون عند العرف موجباً لحصول تلك العناوين بل لابد من حصولها بها عرفاً من بلوغه إلى مقدار كثير فمع الشك في كفاية عشر رضعات لا مجال للتمسك .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢٣٩ و ٢٤٠ .

و يمكن أن يقال : ما ذكر في تفسير النبويّ يشكل من جهة أن حصول مثل الأمومة والأخوة والبنوّة بنظر العرف كيف يتحقق برضاع ليلة و يوم و خمس عشرة رضة إلا بالتزويل وكيف يكون الحكم مرتباً على ما لا يتحقق إلا بالتزويل ، ويمكن أن يكون المراد أن العناوين الحاصلة بالنسب الموجبة للحرمة يتحقق بالرضاع بدون اعتبار تحققها بنظر العرف فالرضاع في مدّة يوم و ليلة يوجب الحرمة بالنسبة إلى الفعل لأنّه صاحب اللبن و بمنزلة الأب كما في الأب النسبي و يوجب الحرمة بالنسبة إلى المرضعة لأنها بمنزلة الأمّ النسبيّة و بالنسبة إلى أولادهما النسبيّة لأنّهم بمنزلة الأخوة النسبيّة فليس إحراز العناوين الخاصّة على المكلف حتّى يقال : إنّ مع الشكّ في حصولها لامجال للتمسك بالدليل للشبهة المصداقيّة ومع تعارض الأخبار لا يبعد حمل ما يدلّ على كفاية عشر رضعات على التقيّة من جهة بعض أخبار الباب وهو ما رواه عبيد بن زرارة^(١) في الصحيح - إلى أن قال - فقلت : وما الذي ينبت اللحم و الدّم ؟ فقال : كان يقال عشر رضعات ، وإن كان يشكل هذا من جهة اختلاف أقوال العامة لأنّ المنقول من الشافعيّ و أحمد بن حنبل الاكتفاء بخمس رضعات ، و فيهم من قال بثلاث ، و اكتفى مالك و أبو حنيفة بالرضعة الواحدة ونقل العامة في صحاحهم عن عائشة أنّه كان في القرآن عشر رضعات محرّقات فنسخت تلاوته و في رواية أخرى عنها قالت : كان في ما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّ من ، ثمّ نسخ بخمس معلومات^(٢) ، فكيف يحمل الأخبار الدالّة على العشر على التقيّة مع أن مشاهير علمائهم لا يقولون به مضافاً إلى الشهرة بين القدماء فلا بدّ من التخيير و الأخذ بأحد الطرفين و لا تصل النوبة إلى الأصل ولا الأخذ بالأخبار الدالّة على الخمس عشرة رضعات .

ثمّ إنّ ذكر في المقام إشكال و تنبيه على ما يمكن أن يتفصي به أمّا الاشكال فحاصله هو أن أخبار التقديرات الثلاث حيث تكون في مقام البيان و إناطة التحريم بما ذكر فيها من التقديرات على وجه يدور مدارها وجوداً و عدماً ينحلّ كلّ واحد منها إلى

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٣ .

(٢) ابن ماجه تحت رقم ١٩٤٢ و ابو داود ج ١ ص ٢٧٦ .

قُضِيَتَيْنِ موجبة دالة على انتشار الحرمة بما ذكر فيه من التقدير و سالبة دالة على عدم الانتشار عند عدم تحقق ذلك التقدير فيقع بينها التنافي والتعارض .

وأما ما قيل في النفسى فوجوه منها أن التنافي بينها إنما يلزم إذا لم تكن بين التقادير ملازمة وعدم الملازمة غير معلوم ومعه لا علم بالتنافي ولازم هذا الوجه هو الحكم بنشر الحرمة عند حصول أحد الحدود ، وفيه أن الانفكاك بين التقدير بالزمان والعدد في غاية الظهور ، ويمكن الانفكاك أحياناً بين التقدير بأحدهما والتقدير بالآخر لا يمكن أن لا يحصل بشيء من الإرضاع في يوم وليلة وخمس عشرة رضعة الاثر أعني نبات اللحم وشد العظم لأجل وجود مانع من حصوله بأن كان المرضع مريضاً .

ومنها ما عن الفاضل الهندي من أن التنافي بين الأخبار إنما يلزم لو كان التقديرات في عرض واحد وليست كذلك بل التقدير بالآخر هو الأصل وإنما جعل التقديران الآخران طريقاً إليه ، ويؤيده بل يدل عليه قوله عليه السلام في صحيحة علي بن رثاب المتقدمة في جواب قول السائل يحرم عشر رضعات لا لأنها لا تنبت اللحم ولا تشد العظم ، ولازم هذا الوجه انتشار الحرمة بالإرضاع في يوم وليلة وبخمس عشرة رضعة فيما إذا احتمل حصول الأثر بهما لامع العلم بعدم حصوله .

ويمكن إن يقال : ما ذكر في الإشكال من التنافي بين التقادير على وجه يدور مدارها وجوداً وعدمياً والإنحلال إلى قضيتين - الخ ، ممنوع فإن التقدير بنبات اللحم وشد العظم أو إنبات اللحم والدّم كما في بعض الأخبار فيه الحصر حيث قال عليه السلام على المحكي لا يحرم من الرضاع إلا ما اشدت عليه العظم وأنبت اللحم في حسنة ابن أبي عمير ^(١) .

و أما التقديران الآخران فلا حصر فيهما معاً فلا حظ موثقة زياد بن سودة حيث قال عليه السلام على المحكي لا يحرم الرضاع أقل من رضاع ليوم وليلة أو خمس عشرة رضعة ^(٢) فلواتفق رضاع يوم وليلة ولم تكمل خمس عشرة رضعة نشر الحرمة ولواتفق خمس عشرة رضعة ولم يكمل رضاع يوم وليلة نشرت الحرمة وبعد كونهما طريقين إلى

التقدير ولم يظهر مخالفة الطريق للواقع فلا إشكال نعم يظهر الحصر في رواية الفضيل عن الباقر عليه السلام حيث قال على المحكمي : « لا يحرم من الرضاع إلا المجبور - الخ ، فهذه الرواية على فرض الأخذ بها في قبال ما دل على عدم كفاية العشر لا يؤخذ بها من جهة الحصر للاتفاق على عدم لزوم ما ذكر فيها من كون المرضعة أمّاً أو ظئراً أو أمة .

وتعتبر في الرضعات قيود ثلاثة : كمال الرضعة ، وامتصاصها من الثدي وأن لا يفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعة ، الثالث أن يكون في الحولين وهو يراعى في المرتضع دون ولد المرضعة .

أما كمال الرضعة فاستدل على اعتباره بما رواه الشيخ عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا رواه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الرضاع الذي ينبت اللحم والدّم هو الذي يرتضع حتى يتضلع ويمتلئ وينتهي بنفسه » (١) .

وعن ابن أبي يعفور قال : « سأله عما يحرم من الرضاع قال : إذا رضع حتى يمتلئ بطنه فإن ذلك ينبت اللحم والدّم وذلك الذي يحرم » (٢) .

وفي حديث الفضيل بن يسار ثم يرتضع عشر رضعات يروي الصبي وينام ، (٣) .
و بأنه المتبادر عند الإطلاق فلو لا مخالفة المشهور لا يمكن أن يقال : أما رواية الفضيل فمع عدم العمل بمضمونه من الاكتفاء بالعشر مشتملة على اعتبار النوم ولا يعتبر فكيف يؤخذ بها في اعتبار القيد المذكور .

وأما ما رواه الشيخ عن ابن أبي عمير وما عن ابن أبي يعفور فظاهرهما كفاية الرضعة الواحدة بالوصف المذكور ، وهذا خلاف المشهور فكيف يؤخذ بهما وأما التبادر فيمكن منعه ألا ترى أنه لو نهى السيد عبده عن شرب ما يع فهل يتبادر النهي عن الشرب الكامل بحيث لو كان ناقصاً ما خالف السيد ، وكذا لو نهى الوالد عن شرب ما يع ، ويشهد لما ذكر قول العلامة - قدس سره - في القواعد في الشرط الآتي لا يشترط عدم تخلل

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٤ .

(٢) المصدر الصفحة والاستبصار ج ٣ ص ١٩٥ .

المأكول و المشروب بين الرضعات بل عدم تخلل رضاع و إن كان أقل من رضعة إنمع التبادر لا يضر تخلل الرضاع المذكور ، و ما يقال من أن يجعل تقييد الفصل المنفي بالرضعة وارداً مورد الغالب حيث إن الفصل إذا اتفق لا يكون بأقل من رضعة كاملة لم يظهر وجهه ، لكن لامجال لمخالفة المشهور .

و أما اعتبار الامتصاص من الثدي فقد مر الكلام فيه .

و أما اعتبار عدم الفصل برضاع غير المرضعة فيدل عليه قوله عليه السلام في موثقة زياد بن سودة المتقدمة « أو خمس عشرة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد ، لم يفصل بينها رضعة امرأة غيرها - الخ » .

و أما اعتبار كون الرضاع في الحولين فيدل عليه النبوي المعروف « لا رضاع بعد فطام » ^(١) وفسر الفطام في بعض النصوص بالحولين كرواية حماد بن عثمان عن أبي- عبدالله عليه السلام « لا رضاع بعد فطام قلت : جعلت فداك وما الفطام ؟ قال : الحولان اللذان قال الله عز وجل » ^(٢) فالمراد من فطام هو زمان الفطام وعليه فلا بد أن يكون قوله عليه السلام قبل الفطام في رواية عبد الملك « الرضاع قبل الحولين قبل الفطام » عطف بيان لقوله قبل الحولين لاخبراً بعد خبر كي يكون دليلاً لاعتبار كلا الأمرين ، وقد يقال الحمل على العطف التفسيري وإن كان خلاف الظاهر لا يصار إليه إلا أنه لا ينفع ابقاؤه على ظاهره لأن غاية الامر وقوع التعارض بين الظهورين ظهور رواية حماد في أن المراد بالفطام هو الحولان وظهور رواية عبد الملك في أن المراد بالفطام نفسه فيجب الرجوع إلى إطلاق صحيحة بريد المتقدمة القاضي بنفي اعتبار الفطام بنفسه .

ويمكن أن يقال على فرض تسليم إطلاق صحيحة بريد من جميع الجهات إن كان النظر إلى مرجحيته فمع لزوم كون المرجح سنة قطعية كيف تكون مرجحة مع عدم قطعيتها و إن كان النظر إلى مرجحيته فلا يكون المطلق كالاصل ليس في مرتبة

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢٢ والتهذيب ج ٢ ص ٢٠٥ .

دليل اجتهادي بل هو طرف المعارضة غاية الأمر مع عدم خاص موافق له يقدم الأخص المخالف له للأظهرية ومع وجوده يقع التعارض بين العام والخاص الموافق وبين الخاص المخالف ، لكن الذي يسهل الخطب أن الخبر المفسر للفظام ليس ظاهراً بل هو نص فمع حجتيه لا وجه لرفع اليد عنه مع قابلية الخبر الآخر للحمل على العطف التفسيري ، ثم إن المعروف رعاية الحولين بالنسبة إلى المارضع بأن يكون ارتضاعه قبل تمام الحولين من ولادته لا بالنسبة إلى ولد المارضة الذي يكون اللبن من ولادته واستدل بظهور الخبر الدال على اعتبار كون الرضاع قبل الفظام بالنسبة إلى المارضع ولا أقل من عدم ظهوره بالنسبة إلى ولد المارضة فنرجع إلى الإطلاقات أو أصالة تحقق عدم ناشر الحرمة ، ولعل دعوى الظهور بالنسبة إلى المارضع من جهة أن الرضاع متعلق بالمارضع لا بولد المارضة فلامجال لصرف الفظام إلى خصوص ولد المارضة فيكون مخصوصاً بالمارضع أو مطلقاً فنأخذ بالقدر المتيقن واستدل على هذا بماورد من أنه سئل عنه عن امرأة أرضعت جارية لها أكثر من سنتين لتحرم على زوجها أيفسد ذلك بينهما ؟ فقال عليه السلام : لا لأنه رضاع بعد الحولين ،^(١)

فاذا كان إرادة حولي رضاعه من الحولين قدراً متيقناً يحتاج إرادة حولي رضاع ولد المارضة منه أيضاً إلى لحاظين لحاظ ابتداء حولي رضاع المارضع ولحاظ ابتداء حولي رضاع ولد المارضة إذ لا جامع بينهما ، ويمكن أن يقال كما يتصور الجامع بين أفراد الحولين بالنسبة إلى المارضعين كذلك لا مانع من تصوّره بين ولد المارضة والمارضع ولا حاجة إلى لحاظين فهل وجود قدر المتيقن مانع عن الأخذ بالإطلاق كما في كلام بعض الأعلام في الأصول أو لا يمنع كما في كلام بعض آخر منهم .

الرابع أن يكون اللبن لفعل واحد فيحرم الصبيان يرتضعان بلبن واحد ولو اختلف المارضعتان ، ولا يحرم لو رضع كل واحد من لبن فعل آخر وإن اتحدت المارضة .

المشهور أنه يعتبر في نشر الحرمة بين المارضعين من مارضة واحدة إتحاد الفعل

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٢ . والاستبصار ج ٣ ص ١٩٧ .

الذي ترتضان من لبنه فمع عدم الاتحاد لا تحرم المزاجعة بينهما فالعبرة بالاخوة من جهة الاب في نشر الحرمة دون الأم و يدل على ذلك صحيحة الحلبي قال : « سألت أبا عبد الله عن الرجل يرضع من امرأة وهو غلام أيحل له أن يتزوج أختها لأمها من الرضاعة فقال : إن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحل وإن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلين فلا بأس » (١) .

و موثقة عمار الساباطي ، عن ابن محبوب بواسطة هشام بن سالم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام رضع من امرأة أيحل له أن يتزوج أختها لأمها من الرضاعة قال : فقال : لا ، فقد رضعتا جميعاً من لبن فحل واحد من امرأة واحدة ، قال : قلت : فيتزوج أختها لأمها من الرضاعة ؟ فقال : لا بأس بذلك إن أختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فحل التي أرضعت الغلام فاختلف الفحلان فلا بأس - الخبر » (٢) .

والمخالف في المسئلة أبو علي الطبرسي صاحب التفسير - قدس سره - وصاحب الوافي و لعله لعموم قوله تعالى « وأخواتكم من الرضاعة » و عموم قوله عليه السلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » و عموم قول الرضا عليه السلام على المحكي في حديث محمد بن عبيدة الهمداني « فما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل ولا يحرم من قبل الأمهات » (٣) ، وأجيب بأن العمومات يجب تخصيصها بالأخبار الخاصة ، و أما معارضتها مع الخبر المذكور و ترجيحه عليها بمخالفتها للكتاب و احتمال حملها على التقيّة لا يصح مع ترجيحها عليه سنداً ودلالة وجهة لتعدد ما وصحة بعضها ووثاقة الآخر بخلافه حيث إنه ضعيف السند ولم يعمل به المشهور ، و موافق للعامة على ما حكى من مذهبهم .

و أما ترجيحه من جهة موافقة الكتاب و السنة و مخالفتها فهو فرع الإطلاق فنقول : لا إطلاق لهما ، ويمكن أن يقال : أمّا الإشكال من جهة ضعف السند فلموجه و كذلك من جهة موافقة العامة .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٥ . والكافي ج ٥ ص ٢٢٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٥ .

وأما من حيث الدلالة فالظاهر إباؤه عن التخصيص والإشكال في إطلاق قوله تعالى «وأخواتكم من الرضاعة» وقوله ﷺ على المحكي «يحرم من الرضاع-النخ» مشكلاً فإن فتح هذا الباب يوجب سقوط نوع المطلقات عن الحجية بحسب إطلاقها وقد تمسك في أوائل مبحث الرضاع في مسألة شمول النبوي بإطلاقة النسب الذي يتحقق به المصاهرة إلى أن هذا الكلام كيف يجتمع مع القول بعدم الحاجة إلى مقدمات الحكمة كما سبق هذا الكلام.

﴿ويستحب أن يتخير للرضاع المسلمة الوضيئة العفيفة العاقلة، ولو اضطر إلى الكافرة استرضع الذميمة ويمنعها من شرب الخمر ولحم الخنزير، ويكره تمكينها من حمل الولد إلى منزلها، ويكره استرضاع المجوسية ومن لبنها عن زنى وفي رواية إذا أحلها مولاهما طاب لبنها﴾.

الظاهر من كلماتهم استحباب اختيار المرأة الموصوفة بالأوصاف المذكورة من مثل قول الباقر عليه السلام على المحكي قال رسول الله ﷺ «لا ترضع الحمقاء والعمشاء فإن اللبن يعدي وإن الغلام ينزع إلى اللبن- يعني إلى ظئري الرعونة والحمق^(١)». وما عن الصادق عليه السلام «كان أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام يقول: لا ترضع الحمقاء فإن اللبن يغلب الطباع، وقال رسول الله ﷺ: لا ترضع الحمقاء فإن الولد يشب عليه^(٢)».

وقال أيضاً: قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه: «أنظروا من ترضع أولادكم فإن الولد يشب عليه^(٣)».

وما عن الهيثم عن محمد بن مروان قال: «قال لي أبو جعفر عليه السلام: أسترضع لولدك بلبن الحصان، وإياك والقباح فإن اللبن قد يعدي^(٤)».

(١) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ١٩.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٣.

(٣) المصدر ج ٦ ص ٢٢.

(٤) المصدر ج ٦ ص ٢٢.

و ما في خبر زرارة «عليكم بالوضاء»^(١) من الظؤرة فإن اللبن يعدي^(٢) ، .
و ما عن الباقر عليه السلام في حسن ابن مسلم «لبن اليهودية والنصرانية والمجوسية
أحب إلي من لبن ولد الزنا - الخبر»^(٣) .

ويمكن أن يقال : المستفاد من الأخبار المذكورة الإرشاد إلى التجنب عن
المذكورات من جهة سراية الأوصاف الخلقية إلى الرضيع لا مثل التهود والتنصر و
الشرك الخارج عن الخلقة لا الكراهة كالنهي عن استعمال الماء المشمس في الطهارة
من جهة إيراد البرص ، ولا الاستحباب الشرعيين ، ولا يبعد استفادة كراهة استرضاع
ولد الزنا ، و جواز استرضاع اليهودية والنصرانية والمشركة من حسن ابن مسلم
المذكور ، و خبر عبد الرحمن بن أبي عبدالله «سئل الصادق عليه السلام هل يصلح للرجل
أن ترضع له اليهودية والنصرانية والمشركة ؟ قال : لا بأس وقال : امنعوهن من
شرب الخمر»^(٤) .

وقال الحلبي : «سئل عن رجل دفع ولده إلى ظئر يهودية أو نصرانية أو مجوسية
ترضعه في بيتها أو ترضعه في بيته ؟ قال : ترضع تلك اليهودية والنصرانية في بيتك و
تمنعها من شرب الخمر و ما لا يحل مثل لحم الخنزير ولا يذهبن بولدك إلى بيوتهن ،
والزانية لا ترضع ولدك فإنه لا يحل لك ، والمجوسية لا ترضع ولدك إلا أن تضطر
إليها»^(٥) .

و يظهر من هذه الأخبار جواز استرضاع الكافرة اختیاراً و هذا لا يجتمع مع ما
هو المعروف من عدم جواز تمكين غير المكلفين من شرب الأعيان النجسة مع
ما هو المسلم من نجاسة فضلات الكفار و لعله لذا قيّد في المتن الجواز بالاضطرار .

(١) الوضوء : الحسن والنظافة (التاموس) .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٢ والفقيه باب الرضاع تحت رقم ١٧ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٢٣ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٢٣ .

(٥) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ٢٠ .

وَأَمَّا كَرَاهَةُ اسْتِرْضَاعِ الْمَجُوسِيَّةِ فَلَمَّا رَوَى فِي الْكَافِي عَنْ سَعِيدِ بْنِ يَسَارٍ فِي الصَّحِيحِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ : « لَا تَسْتَرْضِعِ الصَّبِيَّ الْمَجُوسِيَّةَ وَاسْتَرْضِعِ الْيَهُودِيَّةَ وَالنَّصْرَانِيَّةَ وَلَا يَشْرِبَنَّ الْخَمْرُ يَمْنَعَنَّ عَنْ ذَلِكَ » .^(١) وَظَاهِرُ الْحَرَمَةِ ، وَكَذَلِكَ لَبَنُ الزَّانِيَةِ يَسْتَفَادُ مِنْ صَحِيحِ الْحَلَبِيِّ الْمَذْكُورِ حَرَمَةُ اسْتِرْضَاعِهَا وَالْمَعْرُوفِ الْكَرَاهَةِ .

وَأَمَّا الرُّوَایَاتُ الدَّالَّةُ عَلَى طِيبِ لَبْنِهَا إِذَا أَحْلَمَهَا مَوْلَاهَا فَمِنْهَا مَا رَوَاهُ فِي الْكَافِي عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ فِي الصَّحِيحِ أَوْ الْحَسَنُ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ : « لَبَنُ الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ وَالْمَجُوسِيَّةِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ وَلَدِ الزَّانَا ، وَكَانَ لَا يَرَى بَأْسًا بَوْلُ الزَّانَا إِذَا جَعَلَ مَوْلَى الْجَارِيَةِ الَّذِي فَجَرَ بِالْجَارِيَةِ فِي حِلٍّ »^(٢) .

وَمِنْهَا مَا رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ حَرِيزٍ ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ وَغَيْرِهِ فِي الصَّحِيحِ أَوْ الْحَسَنُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي الْمِرَاةِ يَكُونُ لَهَا الْخَادِمُ قَدْ فَجَرَتْ يَحْتَاجُ إِلَى لَبْنِهَا قَالَ : مَرَّهَا فَلْتَحْلَمْهَا بِطِيبِ اللَّبَنِ ،^(٣) .

وَهُنَا مَسَائِلُ : الْأُولَى إِذَا أَكْمَلْتَ الشَّرَائِطَ صَارَتِ الْمَرْضُوعَةُ أُمًّا وَصَاحِبُ اللَّبَنِ أَبًا وَأُخْتَهَا خَالَةً وَبَنَتَهَا أُخْتًا ، وَيَحْرَمُ أَوْلَادُ صَاحِبِ اللَّبَنِ وَلَادَةً وَرَضَاعًا عَلَى الْمَرْضُوعِ وَأَوْلَادِ الْمَرْضُوعَةِ وَلَادَةً لَارِضَاعًا .

قَدْ يُقَالُ فِي ضَابِطَةِ التَّحْرِيمِ فِي الرِّضَاعِ : « إِنَّ الْمُسْتَفَادَ مِنْ قَوْلِهِ عليه السلام « يَحْرَمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرَمُ مِنَ النَّسَبِ » أَنْ كُلَّ عُنْوَانٍ قَدْ حَمَلَ عَلَيْهِ الشَّارِعُ التَّحْرِيمَ مِنْ جِهَةِ عِلَاقَةِ نَسَبِيَّةٍ فَهَذَا الْعُنْوَانُ يَحْرَمُ مِنْ جِهَةِ نَظِيرِ تِلْكَ الْعِلَاقَةِ مِنَ الرِّضَاعِ فَالْمُرَادُ بِ« مَا » الْمَوْصُولَةُ فِي الْحَدِيثِ هُوَ عُنْوَانُ كُلِّ مَشْتَرَكٍ بَيْنَ مَا يَحْصُلُ بِالنَّسَبِ وَبَيْنَ مَا يَحْصُلُ بِالرِّضَاعِ تَعَلُّقُ التَّحْرِيمِ بِهِمْ مِنْ جِهَةِ النَّسَبِيَّةِ بِاعْتِبَارِ بَعْضِ أَفْرَادِهِ وَهُوَ الْحَاصِلُ بِالنَّسَبِ ، وَتَعَلُّقُ التَّحْرِيمِ بِهِ بِاعْتِبَارِ بَعْضِ أَفْرَادِهِ مِنْ جِهَةِ الرِّضَاعِ وَهُوَ الْحَاصِلُ بِالرِّضَاعِ ، وَلَا يَقْدَحُ فِي هَذَا كَوْنُ اسْتِعْمَالِ لَفْظِ ذَلِكَ الْعُنْوَانِ فِي الْحَاصِلِ بِالرِّضَاعِ مُجَازِيًّا إِذْ لَمْ يَقَعْ فِي الْكَلَامِ لَفْظُ أَحَدِ تِلْكَ

(١) المصدر ج ٦ ص ٢٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٣ . والفقيه باب الرضاع تحت رقم ٢١

(٣) لم أجده في الفقيه وفي التهذيب ج ٢ ص ٧٩ والكافي ج ٥ ص ٢٣ .

العناوين حتى يقال : إن المراد به خصوص الحاصل بعلاقة النسب بل نقول : إنه اعتبر مثلاً قدر مشترك بين الأم الرضاعية والنسبية وأريد من الموصول وإن أبيت إلا عن أن المراد بالموصول خصوص العنوانات النسبية فلا بد في الكلام من تقدير بأن يراد أنه يحرم من الرضاع نظير كل عنوان من العنوانات النسبية التي يحرم من جهة النسب و هذا القدر هو الذي ارتكبه جمع كثير من الفقهاء المتأخرين في تفسير الحديث .

ثم إن العنوان الذي يحرم من جهة النسب ليس إلا أحد العنوانات المتعلقة بها التحريم في لسان الشارع كالأم والبنت والأخت وغيرهن من المحرمات المذكورة في الكتاب والسنة ، وأما العنوان المستلزم لأحدهذه كأم الأخ للابوين المستلزمة لكونها أمًا ، أو كأم السبط المستلزمة لكونها بنتًا ، وكأخت الأخ للابوين المستلزمة لكونها أختًا فليس شيء منهن يحرم من جهة النسب إذ لا نسب بينهما من حيث هذا العنوان و بين المحرم عليه فإن أم أخ الشخص من حيث أنها أم أخ ليس نسبة له بل نسبة لأخيه ، والنسب الحاصل بين الشخص وبين نسبه لم يثبت كونه جهة للتحريم ، والشاهد على ذلك أدلة المحرمات فإن منها يستفاد جهة تحريم المحرمات إذ لا يستفاد من قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم » إلا أن جهة التحريم أمومة الأم للشخص و أما أمومتها لأخيه أو بنوتها لجدّه أو أخواتها الخالية فلم يستفد من دليل كونهما جهة للتحريم .

و يمكن أن يقال : ظاهر ما ذكر لزوم حصول نظير العنوان الحاصل من جهة النسب لدى العرف ، فكل عنوان تعلق به الحرمة من جهة النسب تعلق به الحرمة من جهة الرضاع أو حصول بعض أفراد العنوان الكلي الجامع بين النسبي والرضاعي وقد سبق الإشكال فيه فكيف يعتبر العرف الأمومة والأخوة مثلاً بمجرد إرضاع الولد يوماً و ليلة أو خمس عشرة رضة ، ولا أقل من الشك .

و ثانياً نقول : ما تعلق الحرمة في النسب بالعناوين كالأمومة والأخوة والبنوة مثلاً بل تعلق الحرمة بالمعنونات بالعناوين كالأمهات والأخوات مثلاً فمع اتحاد أحد

المعنونات مع المعنونة بعنوان آخر بحيث أمكن ترتيب قياس كأن يقال : كل أم أخ للأبوين مثلاً أم في النسب ، وكل أم محرمة من جهة النسب ، فكل أم الأخ للأبوين محرمة في النسب . فكذا نظيرتها في الرضاع وقد سبق في صدر البحث وهذا خلاف المشهور والمقصود أن القول بعموم المنزلة في الرضاع ليس واضح البطلان إلا أن يقال في وجه بطلان هذا القول إنه يلزم منه ما لا يلتزم به وما هو مخالف لصريح القرآن حيث إن لازم هذا القول حرمة بنات عم رسول الله ﷺ بسبب رضاعه ﷺ مع عمه حمزة عند امرأة واحدة بلبن فحل واحد فإنه بذلك صار أخاً له واستلزم بذلك أخوة النبي ﷺ بجميع إخوة حمزة فلا يجوز له نكاح أحد من بنات عمه وهو مخالف لصريح قوله تعالى : «إنا أحللنا لك أزواجك - إلى قوله : - وبنات عمك وبنات عماتك ، ومخالف لصريح موثق يونس بن يعقوب قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أرضعتني وأرضعت صبياً معي ولذلك الصبي أخ من أبيه وأمة فيحل لي أن أتزوج ابنته؟ قال : لا بأس ،^(١) إلا أن يقال : لا مانع من التخصيص كما يلتزم المنكرون لهذا القول بالتخصيص مثل « لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن » ، وما ذكر من الإشكال الأول يمكن الجواب عنه بعدم لزوم حصول عنوان نظير عنوان المذكور في النسب بنظر العرف بل يكفي حكم الشرع بحصول ذلك العنوان ولذا يتمسك في موارد الشك في نشر الحرمة بالأخبار الخاصة .

، وأما حرمة أولاد صاحب اللبن نسباً ورضاعاً على المرتضع بخلاف أولاد المرضعة فإنها يحرم الأولاد النسبية دون الرضاعية ، فلأن أولاد صاحب اللبن إخوة له أو أولاد إخوة ، هذا في الأولاد النسبية واضح وفي الأولاد الرضاعية يدل عليه صحيحة الحلبي قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرضع من امرأة وهو غلام أيحل له أن يتزوج أختها لأنها من الرضاعة ؟ فقال عليه السلام : إن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحل » ، وإن كانت المرأتان رضعتا من

امراة واحدة من لبن فحلين فلا بأس^(١) ، . وموثق عمار الساباطي " وقد تقدم الكلام .
ومما ذكر ظهر الفرق بين الأولاد الرضاعية من طرف الأب وبين الأولاد الرضاعية
من طرف الأم ، وخالف في المسئلة الشيخ الطبرسي " قدس سره . - والمحدث الكاشاني .
❖ الثانية لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً لأنهم في
حكم ولده ، و هل ينكح أولاده الذين لم يرتضعوا في أولاد هذه المرضعة و أولاد فحلها
قال في الخلاف : لا ، والوجه الجواز ❖ .

أما حرمة نكاح أب المرتضع فيما ذكر فيدل عليها صحيح ابن مهزيار قال : سأل
عيسى بن جعفر أبا جعفر الثاني عليه السلام عن امرأة أرضعت لي صبياً فهل يحل لي أن
أتزوج ابنة زوجها؟ فقال : ما أجود ما سألت من ههنا يؤتى أن يقول الناس : حرمت
عليه امرأته من قبل لبن الفحل لا غير ، فقلت له : إن الجارية ليست ابنة المرأة التي
أرضعت لي هي ابنة غيرها ، فقال : لو كن عشرأ متفرقات ماحل لك منهن شيء وكن
في موضع بناتك ،^(٢) .

و صحيح الحميري قال : كتبت إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام
امرأة أرضعت ولد الرجل هل يحل لذلك الرجل أن يتزوج ابنة هذه المرضعة أم لا؟
فوقع عليه السلام : لا تحل له ،^(٣) .

و صحيح أيوب بن نوح قال : « كتب علي بن شعيب إلى أبي الحسن عليه السلام
امرأة أرضعت بعض ولدي أيجوز لي أن أتزوج بعض ولدها؟ فكتب عليه السلام : لا يجوز ذلك
لأن ولدها صار بمنزلة ولدك ،^(٤) و يستفاد من قوله عليه السلام على المحكي " من ههنا
تؤتى أن يقول الناس حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل ، كفاية . لبن الفحل في

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٥ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٢٠٥ . والكنى ع ٦ ص ٤٣٢ .

(٣) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ٩ .

(٤) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ٨ .

الحرمة ولولم يكن ولادة نسبية .

و أما نكاح أولاد أب المرتضع الذين لم يرتضعوا في أولاد هذه المرضعة وأولاد فحلها فعن الشيخ في الخلاف المنع و المشهور الجواز . وجه الجواز أن أولاد المرضعة وأولاد فحلها صاروا إخوة للمرتضع والمحرّم في النسب نكاح الإخوة لانكاح إخوة الإخوة إلا على القول بعموم المنزلة الذي لا يلتزم به المشهور ، ومستند المنع أن أولاد المرضعة إذا صاروا بمنزلة ولد أب المرتضع فهم إخوة لأولاد أب المرتضع ، وقد يقال : التنزيل المذكور لا يلزم تنزيل أولاد المرضعة منزلة الإخوة لأولاد أب المرتضع لجواز التفكيك بين المتلازمين بحسب الخارج .

إن قلت : سلّمنا عدم الملازمة لكن مقتضى كون أولادها بمنزلة ولد الأب كونهم بمنزلتهم في جميع الآثار التي منها حرمة أولاد الأب عليهم .

قلت : استفادة ذلك من النصوص ممنوعة لأنّ تحريم أولاد الأب على ولده إنما هو من حيث إختونهم لولده لامن ولديتهم للأب فلا يكفي التنزيل من الحيثية الثانية في ترتيب ما للحيثية الأولى من الآثار .

إن قلت : إنّ الأخوة ليس مفهومها عرفاً بل حقيقة إلا كون شخصين ولداً الواحد فكون شخص ولداً لأب الشخص أولامه عين كونه أخاً له ، لا أنّه عنوان آخر ملازم كي يقال بإمكان التفكيك .

قلت : أولاً كون مفهوم الأخوة مذكور ممنوع لأنّ الأخوة إضافة بين الولدين والولدية إضافة بين الابن والأب فالأخوة نسبة مغايرة لذاك المعنى ، ناشئة عنه لا عينه وثانياً سلّمنا ذلك لكن التفكيك بين المتلازمين في مقام التنزيل في غاية الإمكان ودعوى الملازمة العرفية بين التنزيلين ممنوعة ، وثالثاً سلّمنا لكن نقول : إنّ الظاهر بقرينة كون السؤال عن جواز تزويج الأب في أولاد المرضعة هو كون الخبر في مقام التنزيل بلحاظ خصوص ما بين الأولاد والأب لا بلحاظ جميع الآثار .

ويمكن أن يقال : أمّا مذكر من أن الأخوة إضافة ناشئة من الولادة من طرف الأب أو الأم مغايرة للإضافة الولدية ، فهو قابل للمنع لأننا لا نرى إضافة بين الشخصين

الأخوين إلا كونهما من أب واحد أو أم واحدة .

و أما ما ذكر من الأخذ بالقدر المتيقن في مقام التنزيل فلعلّه خلاف مسلك كثير في الأصول و بناء على مسلك من يقول بعدم الحاجة إلى مقدّمات الحكمة التي عدّها منها عدم وجود قدر المتيقن في مقام التخاطب بنظر بعض الأعلام لا يتم .

الثالثة لو تزوّج رضيعة فأرضعتها امرأته حرمتا إن كان دخل بالمرضعة و إلا حرمت المرضعة حسب ، ولو كان لها زوجتان فأرضعتها واحدة حرمتا مع الدخول ، ولو أرضعتها الأخرى فقولان : أشبههما أنها تحرم أيضاً . و لو تزوّج رضيعتين فأرضعتها امرأته حرمن كلّهنّ إن كان دخل بالمرضعة و إلا حرمت المرضعة .

لاخلاف ظاهراً في أنّ الرّضاع مع الشرائط كما يوجب مع سبقه حرمة النكاح كذلك يوجب لحوقه حرمة النكاح وفساده بقاء ويدلّ عليه النبوي «يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب» و خصوص بعض النصوص كحسنة الحلبيّ باين هاشم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «لو أن رجلاً تزوّج جارية فأرضعتها امرأته فسد نكاحه»^(١) . و نحوها حسنة الأخرى و المحكي عن الفقيه أنّه رواها بسند صحيح .

و يمكن أن يقال : لعلّه يشكّل الأمر على من لا يقول بإطلاق النبويّ و الرّوايتان لا يثبتان الحكم بقول مطلق لاختصاصهما بمورد خاص فمع احتمال أن يكون عدم الخلاف من جهة الأخذ بإطلاق النبويّ و أمثاله كيف يثبت المدعى مع إنكار الإطلاق .

ويتفرّع على سببية الرّضاع لفساد النكاح السابق أنّه لو تزوّج بصغيرة فأرضعتها زوجته الكبيرة بطل نكاح الصغيرة مطلقاً كان بلبنه أو لبن غيره ، وكانت الكبيرة مدخولاً بها أم لا لصيرورتها بالرّضاع بنتاً للكبيرة فيبطل نكاحها لعدم اجتماع الأمّ والبنت في الزوجيّة في زمان واحد وحرمت عليه مؤبداً لو كانت الكبيرة مدخولاً بها لكونها أمّاً بنتاً أو ريبة فلا تحرم عليه مؤبداً لو كانت الكبيرة غير مدخول بها ، وكان الرّضاع بلبن غيره ، وقد حكى عن بعض المشايخ - قدس سرّه - في هذه الصورة بعد حكمه بحرمة

(١). الفقيه باب الرضاع تحت رقم ١٠ و الكافي ج ٥ ص ٢٢٢ واللفظ له .

الكبيرة مؤبداً بصيرورتها بإرضاع الصغيرة أُمّ الزوجة بحرمة الصغيرة جمعاً بمعنى بطلان نكاحها مع جواز تجديد العقد ، ثمّ علّل بطلان نكاحها بعدم جواز الحكم بصحة نكاحها ، وصحة نكاح إحدیهما ترجیح بلامرجح .

و أورد عليه بأنّ الحكم بحرمة الكبيرة بناء على ما هو الحقّ والمختار عنده - قدّس سرّه - من اعتبار بقاء التلبس بالمبدء في صدق المشتقّ حقيقة في غاية الاشكال لأنّ الكبيرة لا تصیر أُمّ الزوجة كي يحكم بحرمتها مؤبداً لأنّ ارتفاع زوجية الصغيرة في مرتبة صيرورة الكبيرة أمّا لأنّهما مستندان في عرض واحد إلى علّة ثالثة وهو الرضاع ولو سلم نمنع شمول أدلّة حرمة أُمّ الزوجة لمثل ما كانت الأمية للزوجة آنية .

ويمكن أن يقال : على ما ذكر يشكل الحكم بحرمة الصغيرة أيضاً لعدم كونها ربيبة بمقارنة كونها ربيبة مع ارتفاع زوجية المرضعة ثمّ إنّهُ يمكن الفرق بين تزويج الأمّ و البنت ابتداءً فالمعروف بطلانه لأنّ الحكم بصحتهما لا يمكن وصحة نكاح إحدیهما ترجیح بلامرجح ، وأمّا النكاح المتحقق فكيف يحكم ببطلانه بالنسبة إلى كليهما مع أنّ المحرّم الجمع ولم لا يكون المقام كصورة إسلام الكافر على خمس زوجات فتأمل .

و أمّا صورة إرضاع الزوجة الكبيرة الأخرى بعد إرضاع الكبيرة فقل فيها بحرمة الثانية أيضاً و قيل بعدم الحرمة ، والحقّ الثاني ، لعدم صدق المشتقّ حقيقة مع انقضاء المبدء ، وقد يقال بالفرق بين إرضاع الكبيرة الأولى و إرضاع الثانية بالحرمة في الإرضاع الأولى لصدق العرفي وإن كان فيها الاشكال المذكور آنفاً ، و يشكل هذا من جهة أنّ صدق العرفي لا يفيد مع الاشكال بحسب الدقّة إلا أن يتمسك بما رواه في الكافي بسند ضعيف عن عليّ بن مهزيار ورواه عن أبي جعفر عليه السلام قيل له : إنّ رجلاً تزوّج بجارية صغيرة فأرضعته امرأته ، ثمّ أرضعتها امرأة له أخرى فقال ابن شبرمة حرمت عليه الجارية وامراتاه ، فقال أبو جعفر عليه السلام : أخطأ ابن شبرمة حرمت عليه الجارية التي أرضعتها أوّلاً فأما الأخيرة فلا تحرم عليه نكاحها لأنّها أرضعت

ابنتها ، (١) .

و مما ذكر ظهر حكم مالو تزوج رضيعتين فأرضعتها امرأته .

﴿ السبب الثالث في المصاهرة و النظر في الوطىء واللمس ، أما الأول فمن وطىء امرأة بالعقد أو الملك حرمت عليه أم الموطوءة وإن علت ، وبناتها وإن سفلن سواء كن قبل الوطىء أو بعده ، وحرمت الموطوءة على أب الواطي وإن علا و أولاده وإن تزلوا ، ولو تجرد العقد عن الوطىء حرمت أمها عليه عينا على الأصح وبناتها جمعا لا عينا ، فلو فارق الأم حلت البنت ﴾ .

من وطأ امرأة بالعقد أو الملك حرمت عليه أم الموطوءة وإن علت و بناتها وإن سفلن سواء كن قبل الوطىء أو بعده بلا خلاف ظاهرا ويدل عليه قوله تعالى « وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » و لو منع عن صدق النساء على الإماء لدعوى الإجماع على عدم الفرق كما أنه لا بد من دعوى الإجماع من جهة إمكان منع صدق الأمهات على الجدات بنحو الحقيقة و التعبير بالأمهات من باب تلاقي الجمع بالجمع مثل « اغسلوا وجوهكم » قال صاحب المدارك في شرح النافع : هذه الأحكام مجمعة عليها بين المسلمين فلا حاجة إلى التشاغل بأدلتها كما أن التقييد بالحجور لا مدخلية له في الحكم لقول علي صلوات الله عليه على المحكي في خبر غياث بن إبراهيم « الرّبائب عليكم حرام كن في الحجر أم لم يكن » (١) . وفي رواية إسحاق بن عمار عنه عليه السلام « الرّبائب عليكم حرام من الأمهات التي دخلتم بهن في الحجور و غير الحجور » (٢) .

و في صحيح ابن مسلم « في رجل كانت له جارية فأعتقت فتزوّجت فولدت أبصحا لمولاهما الأول أن يتزوّج ابنته ؟ قال : لا هي حرام وهي ابنته و الحرّة و المملوكة في هذا سواء » (٣) .

وفي مرسل جميل في رجل له جارية فوطئها ثم اشترى أمها أو بنتها قال : لا تحل

(١) المصدر ج ١ ص ٢٢٦ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ١ ص ١٩٢ .

له أبدأ ولا تعارض ببعض النصوص الشاذة كرواية رزين « قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل كانت له جارية فوطئها فبانها ^(١) أومات ، ثم وجد أمها أبطأها ؟ قال : إنما حرّم الله هذا من الحرائر وأما الإماء فلا بأس » ^(٢) .

و خبر الفضيل بن يسار « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له مملوكة يطأها فماتت ثم يصيب بعده ابنتها ؟ قال : لا بأس ليست بمنزلة الحرّة » ^(٣) .

و أما حرمة الموطوءة على أب الواطي و إن علا و أولاده و إن نزلوا فبدل عليه قوله تعالى و « حلائل أبنائكم ، الشامل لمن كانت مدخول بها وغيرها وقوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آبائكم » و صرحوا بأن النكاح حقيقة في العقد أو مشترك بينه و بين الوطىء و ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن زرارة والفضيل عن أبي جعفر عليه السلام في حديث العامرية و الكندية قال أبو جعفر عليه السلام : « لو سألتهم عن رجل تزوّج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها أتعلّ لابنه ؟ قالوا : لا ، فرسول الله أعظم حرمة من آبائهم » ^(٤) و لو تجرّد العبد عن الوطىء حرمت أمها عليه عيناً على المشهور خلافاً للمحكي عن العماني من اشتراط الدخول وبدل على المشهور قوله تعالى « و أمهات نساءكم » والخدشة في دلالتها باحتمال كون القيد في قوله تعالى « من نسائكم » الذي دخلتم بهن ، راجعاً إلى الجملتين و مع هذا الاحتمال لا يبقى ظهور في الإطلاق دفعت بأن إرجاع القيد إلى الجملتين مستلزم لا ارتكاب أمر غير جائز أو خلاف الظاهر لأن كلمة « من » بالنسبة إلى قوله تعالى « و ربائبكم » نشوية وبالنسبة إلى قوله تعالى « و أمهات نسائكم » بيانية فلو أريد كل من المعنيين مستقلاً لزم استعمال اللفظ في أكثر من معنى و هو غير جائز ، و إن أريد الجامع بينهما كمطلق الاتصال لزم خلاف الظاهر لأن الظاهر كونها نشوية .

ويمكن أن يقال : لا مانع من كون « من » ابتدائية والتعبير بالابتدائية أحسن

(١) في التهذيب واستبصار « فباعها » .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩٤ و الاستبصار ج ٣ ص ١٦١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٢١ .

من التعبير بالنشويّة مع كون الموصول أعني «اللاتي» في المعنى صفة للنسائين مع القطع عن النقيّة لأن يرد عليه الاشكال بأنّه مع اختلاف العامل لا يجوز لأن يكون نعتاً للنسائين فلا يتوجّه إشكال إلا أنّه شرط في صحّة القطع كون السامع عالماً بما يعلم المتكلم من انتصاف الموصوف بالصفة لأنّه مع عدم العلم يحتاج الموصوف إلى الصفة و مع الحاجة لا يصحّ القطع وهذا الشرط ذكره بعض المحققين و ليس مذكوراً في سائر الكتب ، وما ذكر من أن استعمال اللفظ المشترك في معنيين لا يجوز غير مسلم ، نعم لا مانع من القول بأنّه خلاف الظاهر ، واستدل أيضاً بما هو المحكي عن تفسير العياشي عن أبي حمزة من أنّه «سئل مولانا الباقر عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة و طلقها قبل أن يدخل بها أتحلّ له ابنتها ؟ فقال عليه السلام قد قضى في ذلك أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس به إن شاء الله يقول : «وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهنّ فإن لم تكونوا دخلتم بهنّ فلا جناح عليكم ، و لكنّه لو تزوّج الابنة ، ثمّ طلقها قبل أن يدخل بها لم تحلّ له أمّها ، قال : قلت : أليس هما سواء ؟ قال : فقال : لا ليس هذه مثل هذه ، إن شاء الله عزّ وجلّ يقول : «وأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» لم يستثن في هذه كما اشترط في تلك ، هذه هنا مبهمّة وتلك ليس فيها شرط ^(١) .

و برواية إسحاق بن عمار ، عن جعفر ، عن أبيه عليه السلام «أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول : الربائب عليكم حرام مع الأمّهات اللاتي قد دخلتم بهنّ في الحجور و غير الحجور سواء ، و الأمّهات مبهمات دخل بالبنات أو لم يدخل فحرّموا و أبهموا ما أبهم الله ، ^(٢) .

و بموثقة أبي بصير قال : «سألته عن رجل تزوّج امرأة ثمّ طلقها قبل أن يدخل بها ؟ فقال : تحلّ له ابنتها ولا تحلّ له أمّها ، ^(٣) .

وفي قبال هذه الأخبار أخبار آخر تدلّ على خلاف المشهور منها صحيحة منصور ابن حازم المروية في الكافي قال : «كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فأثاء رجل فسأله عن

(١) و(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٣٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٢٩ .

رجل تزوج امرأة فماتت قبل أن يدخل بها أيتزوج بأمتها فقال أبو عبد الله عليه السلام : قد فعله رجل منا فلم نر به بأساً ، فقلت : جعلت فداك ما تفخر الشيعة إلا بقضاء علي عليه السلام في هذه الشمخية^(١) التي أفتاها ابن مسعود أنه لا بأس بذلك ، ثم أتى علياً عليه السلام فسأله فقال له علي عليه السلام : من أين أخذتها ؟ فقال : من قول الله عز وجل : « و ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، فقال عليه السلام : إن هذه مستثناة وهذه مرسله وأمهات نسائكم ، فقال للرجل : أما تسمع ما يروي هذا عن علي عليه السلام ، فلما قمت ندمت وقلت : أي شيء صنعت يقول : هو قد فعله رجل منا فلم نر به بأساً وأقول : قضى علي عليه السلام فيها فلقيته بعد ذلك فقلت له : جعلت فداك مسألة الرجل إنما كان الذي قلت زلة مني فما تقول فيها ؟ فقال : يا شيخ تخبرني أن علياً عليه السلام أفتى فيها وتألني ما تقول فيها^(٢) ،
و منها صحيحة جميل وحماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الأم والابنة سواء . إذا لم يدخل بها - يعني إذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فإنه إن شاء تزوج أمها وإن شاء تزوج ابنتها - »^(٣) و لم يظهر كون ذيله من كلام المعصوم .

(١) يحتمل أن يكون تسميتها بها لأنها صارت سبباً لا فتخار الشيعة على العامة . و

قيل إنما وسيت المسألة بالشمخية بالنسبة إلى ابن مسعود فانه عبدالله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شمع . أو لتكبر ابن مسعود فيها عن متابعة أمير المؤمنين عليه السلام من شمع بألقابه .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢٢ . و التهذيب ج ٢ ص ١٩٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٢١ . و الاستبصار ج ٣ ص ١٥٧ التهذيب ج ٢ ص ١٩٢ .

قال صاحب الوسائل في أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٠ تحت رقم ٣ . بعد نقله و نقل كلام للشيخ - رحمه الله - : التفسير ليس من الإمام بل من بعض الرواة فليس بحجة - إلى أن قال - المراد أنه إذا ملك أمة و أمها فله وطئ أيتها شاه قبل وطئ الأخرى . ويفهم هذا من نوادر أحمد بن محمد بن عيسى حيث أورد الحديث بين أحاديث هذه المسألة و ترك تفسيره . انتهى .

و منها معلقة محمد بن إسحاق بن عمار قال : « قلت له : رجل تزوج امرأة فهلكت قبل أن يدخل بها تحل له أمها ؟ قال : وما الذي يحرم عليه منها ، ولم يدخل بها » (١) .

والمعروف بين الفقهاء الأخذ بالأخبار السابقة وعدم العمل بهذه الأخبار ولعلها محمولة على التقيّة ، وعليه يتحقق الفرق بين تزويج البنت وبين تزويج الأمّ وفي صورة تزويج البنت مجرّداً عن الوطي تحرم الأمّ عيناً بمعنى تحقق الحرمة الأبدية ، وفي صورة تزويج الأمّ تحرم البنت جمعاً فمع التجرد عن الوطي لو طلقها جاز نكاح البنت .

❖ ولا تحرم مملوكة الابن على الأب بالملك وتحرم بالوطي ، وكذا مملوكة الأب ولا يجوز لأحدهما أن يطأ مملوكة الآخر ما لم يكن عقد أو تحليل ، نعم يجوز أن يقوم الأب بمملوكة ابنه الصغير على نفسه ، ثمّ يطأها . ومن توابع هذا الفصل تحريم أخت الزوجة جمعاً لا عيناً ، وكذا بنت أخت الزوجة وبنت أخيها ، فإن أذنت إحداهما صحّ ❖ .

أمّا عدم حرمة مملوكة الابن على الأب وعدم حرمة مملوكة الأب على الابن فلعدم ما يوجب الحرمة وشمول قوله تعالى « وأحلّ لكم ما وراء ذلكم ، ولا خلاف في ما ذكر » وأما حصول التحريم بالوطي فيدلّ عليه رواية زرارة المروية في الكافي (٢) قال أبو جعفر عليه السلام في حديث « إذا أتى الجارية وهي حلال فلا تحلّ تلك الجارية أبداً لأبيه ولا لابنه ، والحكم اتفاقاً لا خلاف فيه .

ولا يجوز لكلّ من الأب والابن أن يطأ مملوكة الآخر إلا بعقد أو تحليل ، ويدلّ عليه قوله تعالى « ومن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » .

و أمّا جواز تقويم الأب بمملوكة ابنه الصغير فيدلّ عليه الأخبار .

منها ما رواه الكافي عن داود بن سرحان قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩٣ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢١٩ .

يكون لبعض ولده جارية وولده صغار فقال : لا يصلح أن يطأها حتى يقوّمها قيمة عدل ثم يأخذها ويكون لولده عليه ثمنها ^(١) ،

و عن عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح أو الحسن قال : « قلت له : الرجل يكون لابنه جارية أله أن يطأها فقال : يقوّمها على نفسه قيمة و يشهد على نفسه بثمنها أحب إليّ » ^(٢) ،

و إطلاقه محمول على الابن الصغير لعدم الولاية له على الكبير .

و عن محمد بن إسماعيل - واستظهر كونه ابن بزيع فيكون الخبر صحيحاً - قال : « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في جارية لابن لي صغير أيجوز لي أن أطأها؟ فكتب لا حتى تخلصها » ^(٣) .

و الظاهر أن المراد بقوله « حتى تخلصها » إخراجها عن ملكه إلى ملك نفسه و الظاهر أن المراد من التقويم المذكور في الأخبار تمليك نفسه بالقيمة نظير القرض في القيمات أو البيع من نفسه و لعلّ الأنا نسب بقوله عليه السلام على المحكي في رواية داود بن سرحان « حتى يقوّمها قيمة عدل » البيع من نفسه حيث أن قرض القيمات لا يحتاج إلى تعيين القيمة والحاصل أنه بدون التملك لا يحلّ إلا أن يقال : حيث إنه يكون للأب الولاية الشرعية فلا مانع من تحليل الجارية المملوكة للمولى عليه لنفسه أو تزويجها لنفسه مع مراعاة المصلحة أو عدم المفسدة و حمل الأخبار المذكورة على بيان بعض موارد الجواز والحصص المستفاد من بعض الأخبار المذكورة حصر إضافي في قبالة الجواز بدون وجود أحد الأسباب المجوزة بتوهم أنه حيث تكون الجارية لولده يجوز للأب وطبها كمملوكة نفسه .

وأما حرمة أخت الزوجة جمعاً لا عيناً فلا خلاف ولا إشكال فيها بالكتاب والسنة والإجماع ، من غير فرق بين الدائمة والمنقطعة و كذا ملك اليمين ، و كذا مع بقاء علاقة الزوجية ولو بجواز الرجوع في المطلقة الرجعية ، و من الأخبار الرجعة إلى المقام ما عن أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن رجل اختلعت منه امرأته

أُتَحَلُّ له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضي عدَّة المختلعة ؟ قال: نعم قد برئت عصمتها منه وليس له عليها رجعة ،^(١) .

و عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل طلق امرأته أو اختلعت أو بارأت أله أن يتزوج بأختها ؟ قال فقال : إذا برئت عصمتها ولم يكن له عليها رجعة فله أن يخطب أختها ، قال : وسئل عن رجل كانت عنده أختان مملوكتان فوطيء إحديهما ثم وطيء الأخرى ؟ قال : إذا وطيء الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى ، قال : أرأيت إن باعها أتحلُّ له الأولى ؟ قال : إن كان يبيعها لحاجة ولا يخطر على قلبه من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً وإن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا ولا كرامة ،^(٢) .

و عن زرارة في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل طلق امرأته وهي حبلى أبتزوج أختها قبل أن تضع ؟ قال : لا يتزوجها حتى يخلو أجلها^(٣) » .

وما رواه الشيخ عن الحسين بن سعيد في الصحيح قال : « قرأت في كتاب رجل إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام : جعلت فداك الرجل يتزوج المرأة متعة إلى أجل مسمى فينقضي الأجل بينهما ، هل له أن ينكح أختها قبل أن تنقضي عدتها ، فكتب : لا يحلُّ له أن يتزوجها حتى تنقضي عدتها^(٤) » .

وأما حرمة بنت أخت الزوجة وحرمة بنت أخيها فيدلُّ عليها أخبار منها ما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم في الموثق ، عن أبي جعفر عليه السلام « قال : لا تتزوج ابنة الأخ ، ولا ابنة الأخت على العمّة ولا على الخالة إلا بأذنهما ، وتتزوج العمّة والخالة

(١) من حديث أبي بصير الكافي ج ٦ ص ١٢٢ ، ونحوه عن أبي الصباح الكناني في

التهذيب ج ٢ ص ١٩٦ . والكافي ج ٥ ص ٢٢٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢٢ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٧ .

(٣)

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٩٦ .

على ابنة الأخ و ابنة الأخت بغير إذنهما ، (١) .

و رواه الصدوق عن محمد بن مسلم عنه عليه السلام مثله إلا أنه قال : لا تنكح وتنكح .

و عن عبيدة الحذاء قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها إلا بإذن العمّة والخالة » ، (٢) .

وما رواه الشيخ عن علي بن جعفر ، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال :
« سألت عن امرأة تزوّج على عمتها وخالتها ؟ قال : لا بأس ، وقال : تزوّج العمّة والخالة على ابنة الأخ و ابنة الأخت ولا تزوّج بنت الأخ و الأخت على العمّة والخالة إلا برضى
منهما فمن فعل فنكاحه باطل » ، (٣) .

و ظاهر هذه الرواية أنه لو تزوّج وقع النكاح باطلاً و ليس كالعقد الفضولي
الواقع مراعاةً بلحوق الإجازة ، بل لا يبعد استفادة البطلان من سائر الأخبار لظهورها
في النهي الوضعي نظير النهي عن بيع الفرر ، ولولا الأدلة الخاصة في البيع على صحة
الفضولي لقلنا بالبطلان بمقتضى قوله تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا
أن تكون تجارة عن تراض » .

❖ ولا كذا لو أدخل العمّة أو الخالة على بنت الأخ والأخت ، ولو كان عنده
العمّة أو الخالة فبادر بالعقد على بنت الأخ أو الأخت كان العقد باطلاً ، وقيل : تخيير
العمّة أو الخالة بين الفسخ والامضاء أو فسخ عقدها ❖ .

أمّا جواز إدخال العمّة أو الخالة على بنت الأخ والأخت فلا إشكال فيه كما
صرّح به في الأخبار .

و أمّا بطلان العقد مع المبادرة بالعقد بدون الإذن السابق فقد عرفت وجهه .
و أمّا تخيير العمّة أو الخالة بين الفسخ والامضاء كالعقود الخيارية فلا نعرف له
وجهاً من الأخبار .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٢ والفتاوى باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٢٣ .

(٢)

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٩ والاستبصار ج ٣ ص ١٧٧ .

وَأَمَّا التَّخِيرُ فَهُوَ تَخِيرُ الْمَالِكِ فِي الْبَيْعِ الْفُضُولِيِّ بَيْنَ الرَّدِّ وَالْإِمْضَاءِ ، فَمَبْنِيٌّ عَلَى كَوْنِ الْعَقْدِ الْمَذْكُورِ نَظِيرَ الْفُضُولِيِّ وَقَدْ عُرِفَتْ الْإِشْكَالُ فِيهِ .
وَأَمَّا تَخِيرُ الْعَمَّةِ أَوِ الْخَالَةِ فِي فسخ عَقْدِهِمَا فَلَا وَجْهَ لَهُ وَعَدَّةٌ مِنَ الْمُسْتَغْرَبِ التَّعَرُّضُ لَهُ .

❖ وَفِي تَحْرِيمِ الْمَصَاهِرَةِ بَوَاطِي الشَّبْهَةِ تَرَدُّدٌ ، أَشْبَهَهُ أَنَّه لَا يَحْرَمُ ، وَأَمَّا الزَّوْنَا فَلَا تَحْرِمُ الزَّوَانِيَةَ وَلَا الزَّوْجَةَ وَإِنْ أَصْرَتْ عَلَى الْأَشْهَرِ ، وَهَلْ تَنْشُرُ حَرَمَةَ الْمَصَاهِرَةِ ؟ قِيلَ : نَعَمْ إِنْ كَانَ سَابِقًا ، وَلَا تَنْشُرُ إِنْ كَانَ لَاحِقًا ، وَالْوَجْهُ أَنَّه لَا يَنْشُرُ ، وَلَوْ زَنَا بِالْعَمَّةِ أَوِ الْخَالَةِ حَرَمَتْ عَلَيْهِ بَنَاتُهُمَا ❖ .

الظَّاهِرُ أَنَّه لَا يُلْحَقُ بِالْوَطِيِّ الصَّحِيحِ الْوَطِيُّ بِالشَّبْهَةِ فَلَا تَنْشُرُ بِهِ الْحَرَمَةَ سِوَاءِ كَانَ سَابِقًا عَلَى الْعَقْدِ أَوْ لَاحِقًا ، فَلَوْ وَطِيَءَ الْأَبُ زَوْجَةَ الْابْنِ ، أَوِ الْابْنُ زَوْجَةَ الْأَبِ لَمْ تَحْرَمْ لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى « وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ » وَعُمُومِ الْخَبَرِ الْمَعْرُوفِ « الْحَرَامُ لَا يَحْرَمُ الْحَلَالَ » (١) .

وَأَمَّا التَّمَسُّكُ بِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى « وَلَا تَنْكَحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ » فَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى كَوْنِ الْمُرَادِ مِنَ النِّكَاحِ الْوَطِيِّ وَلَا شَاهِدَ عَلَيْهِ كَمَا أَنَّه لَا وَجْهَ لِلتَّمَسُّكِ بِأَنَّ الْوَطِيَّ بِالشَّبْهَةِ مُلْحَقٌ بِالْوَطِيِّ الصَّحِيحِ فِي جُمْلَةٍ مِنَ الْأَحْكَامِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مُلْحَقًا بِهِ فِي التَّحْرِيمِ أَيْضًا لِأَنَّ وجودَ بَعْضِ الْمَعْلُولَاتِ يَسْتَلْزِمُ وجودَ الْآخَرِ ، لِأَنَّ الْإِنْفِكَالَ بَيْنَ الْمُتَلَازِمِينَ إِذَا كَانَا شَرْعِيَّيْنِ وَاقِعَ كَثِيرًا ، لَا يَقَالُ مَعَ احْتِمَالِ كُلٍّ مِنَ الْمَعْنِيِّينَ لِلنِّكَاحِ لَا بُدَّ مِنَ الْإِحْتِيَاظِ لِلْعِلْمِ الْإِجْمَالِيِّ لِأَنَّهُ يَقَالُ : هَذَا الْعِلْمُ لَا يَتَوَثَّرُ بَعْدَ الْفَرَاغِ عَنْ كَوْنِ الْعَقْدِ مُجَرَّدًا عَنِ الْوَطِيِّ مُوجِبًا لِلْحَرَمَةِ مِنْ جِهَةِ دَلِيلِ آخَرٍ ، وَبَعْدَ وجودِ الْعُمُومِ لِحَاجَةٍ إِلَى التَّمَسُّكِ بِاسْتِصْحَابِ الْحَلِيَّةِ ، بَلْ لَا مَجَالَ لَهُ لِتَقْدُّمِ الدَّلِيلِ الْاجْتِهَادِيِّ عَلَى الْأَصْلِ الْعَمَلِيِّ إِنْ كَانَ أَصْلُ فِي الْبَيِّنِ ، وَقَدْ مَرَّ غَيْرُ مَرَّةٍ الْإِشْكَالُ فِي حُجِّيَّةِ الْإِسْتِصْحَابِ فِي الشَّبْهَاتِ الْحَكْمِيَّةِ .

وَأَمَّا الزَّوْنَا بِالْمَرْأَةِ فَلَا يُوْجِبُ حَرَمَتَهَا عَلَى الزَّوَانِيِّ وَلَا يُوْجِبُ زَنَا الْمَرْأَةِ الْمَرْزُوجَةِ

حرمها على الزوج ، أما الثاني فللخبر المعروف « الحرام لا يحرم الحلال » وهذا الخبر معمول به يستدل به في بعض المسائل الآتية مضافاً إلى خبر عباد بن صهيب عن جعفر بن محمد عليه السلام « لا بأس أن يمسك الرجل امرأتها إن رآها تزني وإن لم يقم عليه الحد فليس عليه من إثمها شيء » ^(١).

و أما ما ورد من لزوم التفريق بين الزوجة وزوجها إذا زنت قبل أن يدخل بها كخبر فضل بن يونس « سألت أبي الحسن موسى عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فزنت قال عليه السلام : يفرق بينهما وتحد الحد ولا صداق لها » ^(٢).

و خبر السكوني ، عن أبي عبدالله ، عن أبيه عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه في امرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها الرجل يفرق بينهما ولا صداق لها إن الحد كان من قبلها » ^(٣).

إلى غير ذلك من الأخبار فمحمول على ضرب من النذب ونحوه لا عراض الأصحاب و عدم العمل بمضمونها .

و أما الزنا السابق فالمشهور أنه يجوز نكاح من ارتكبه وتدل عليه أخبار كثيرة منها رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « سئل عن رجل أعجبته امرأة فسأل عنها فإذا النساء تنبىء عليها بالفجور ^(٤) فقال عليه السلام : لا بأس أن يتزوجها ويحصنها » ^(٥).

ورواية علي بن يقطين قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام : نساء أهل المدينة ؟ قال عليه السلام : فواسق ، قلت : أتزوج منهن ؟ قال : نعم » ^(٦).

ورواية زرارة أيضاً قال « سأله عمار و أنا حاضر عن الرجل يتزوج الفاجرة متعة ، قال عليه السلام : لا بأس وإن كان التزويج الآخر فليحصن بابه » ^(٧).

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ .

(٣) كذا وفي المصدر « النماء عليها بالفجور » والنماء في الكلام يطلق على القبيح و الحسن وفي حديث أبي ذر « فجاء خالنا فنشئ علينا » .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٨ والاستبصار ج ٣ ص ١٦٨ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ والاستبصار ج ٣ ص ١٤٣ .

وصحيح علي بن رثاب قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة الفاجرة يتزوجها الرجل المسلم ؟ قال عليه السلام : نعم وما يمنعه و لكن إذا فعل فليحصن بابه مخافة الولد ، ^(١) .

خلافاً للمحكي عن الصدوق وأبي الصلاح من الحرمة تمسكاً بقوله تعالى « الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك و حرّم ذلك على المؤمنين » .
والجواب أنه لا يمكن الأخذ بما يظهر منه لأنه يلزم جواز نكاح المشركة للمسلم الزاني و نكاح المشرك للمسلمة الزانية مع أن التكافؤ في الإسلام شرط في جواز النكاح .

وقد يحمل الحرمة على غير الحرمة الشرعية بل بمعنى أن المؤمنين لمكان بينوتهم و عدم سنخيتهم مع الزواني يمتنعون من نكاحهن ، كما أنه الظاهر في قوله تعالى « يا أيها النبي لم تحرّم ما أحلّ الله لك » .

وقد يقال : إن النهي في المقام و إن تعلق بعنوان التزويج لكن لا يستفاد منه إلا مجرد حرمة التكليفية دون الوضعية بمعنى بطلانه إذ النهي المتعلق بعنوان المعاملة يدل على الفساد إذا كان نفسياً ناشئاً عن مفسدة فيها ، وأما إذا كان لأجل مراعاة حرام آخر كما في النهي عن الجمع بين الفاطميتين في التزويج حيث إنه لأجل مراعاة حرام آخر وهو إيذاء فاطمة صلوات الله عليها بالجمع بينهما كما دلّ عليه بعض الأخبار فلا دلالة له إلا على مجرد الحرمة التكليفية .

و يمكن أن يقال : لا نجد فرقاً بين تحريم الزانية و تحريم النساء المحرّمات بعنوانين مختلفة فماوجه كون تحريم الزانية تكليفية لا وضعية و تحريم تلك النساء وضعية ، و لا شاهد على ما ذكر ، وثانياً مع كون النكاح محرّماً بالحرمة التكليفية كيف رخص في الأخبار التزويج ، ثم إن مقتضى إطلاق الأخبار المجوزة عدم الفرق بين المشهورة بالزنا وغيرها ، و يظهر من بعض الأخبار الواردة في تفسير الآية عدم

تجوزها . منها خبر زرارة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله تعالى «الزانية - النخ» قال : هنّ نساء مشهورات بالزنا ، ورجال مشهورون بالزنا شهراباه و عرفوا به ، و الناس اليوم بذلك المنزل ، فمن أقيم عليه حدّ الزنا أو شهر بالزنا لم ينبغ لأحد أن يناكحه حتى يعرف منه توبة ، ^(١) .

و خبر محمد ، عن أبي جعفر عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ «الزانية» وهم رجال و نساء كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله مشهورين بالزنا فنهى الله عزّ وجلّ عن أولئك الرجال والنساء و الناس اليوم على تلك المنزلة من اشتهر بشيء من ذلك أو أقيم عليه الحدّ فلا تزوّجوه حتى يعرف توبته ، ^(٢) .

وخبر حكم بن حكيم في قوله تعالى عن أبي عبد الله عليه السلام «إنما ذلك في الجهر ثمّ قال : لو أنّ إنساناً زنى ، ثمّ تاب تزوّج حيث شاء ^(٣) » .

ويمكن حمل هذه الأخبار على الكراهة جمعاً بينها و بين الأخبار السابقة ألا ترى أنّ رواية زرارة المذكورة لم يستفصل فيها أنّ المرأة كانت مشهورة أو غير مشهورة ، و رواية عليّ بن يقطين مع تعبير الإمام عليه السلام على المحكيّ بقوله «فواسق» جوّز فيها التزويج فلامجال للتقييد .

و أمّا نشر الزنا حرمة المصاهرة فالظاهر عدم الخلاف في عدم النشر إن كان متأخراً عن العقد الصحيح لقولهم عليه السلام على المحكيّ : « لا يحرم الحرام الحلال » وإنّما الخلاف في الزنا المتقدم فالأشهر النشر ، ومما يدلّ على الحكمين المذكورين ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما «أنّه سئل عن رجل يفجر بامرأة أيتزوّج ابنتها ؟ قال : لا ، و لكن إذا كانت عنده امرأة ثمّ فجر بأُمّها أو ابنتها أو أختها لم تحرم عليه امرأته إنّ الحرام لا يفسد الحلال ، ^(٤) .

و ما رواه في التهذيب ، عن أبي الصباح الكنانيّ ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال :

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ و ٣٥٥ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٥ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢١٥ .

«إذا فجر الرجل بالمرأة لم تحلّ له ابنتها وإن كان قد تزوّج ابنتها قبل ذلك و لم يدخل بها فقد بطل تزويجه وإن هو تزوّج ابنتها و دخل بها ، ثم فجر بأُمّها بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بأُمّها نكاح ابنتها إذا هو دخل بها وهو قوله «لا يفسد الحرام الحلال» إذا كان هكذا» (١) .

ومما يدلّ على الحكم الأوّل ما رواه في الكافي في الحسن أو الصحيح ، عن الحلبيّ عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل تزوّج جارية فدخل بها ، ثم ابتلى ففجر بأُمّها أتحرّم عليه امرأته فقال : لا لأنّه لا يحرّم الحرام الحلال» (٢) .

و عن زرارة قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل زنا بأُمّ امرأته أو بابنتها أو بأختها ، فقال : لا يحرّم ذلك عليه امرأته لأنّ الحرام لا يفسد الحلال» (٣) .

ونقل ابن إدريس عن الشيخ المفيد والسيد المرتضى عدم التحريم بالزنا السابق واختاره المصنّف - قدّس سرّه - في المتن و يدلّ عليه من الأخبار ما رواه الشيخ عن سعيد بن يسار في الصحيح قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل فجر بامرأة يتزوّج ابنتها ؟ قال : نعم يا سعيد إنّ الحرام لا يفسد الحلال» (٤) .

و عن هشام بن المنثري قال : «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام جالسا فدخل عليه رجل فسأله عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوّجها ؟ قال : نعم وأُمّها وبنتها» (٥) .
و عن حنان بن سدير في الموثق قال : «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام إذ سأله سعيد عن رجل تزوّج امرأة سفاحاً هل تحلّ له ابنتها ؟ قال : نعم إنّ الحرام لا يحرّم الحلال» (٦) .

و عن زرارة قال : «قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل فجر بامرأة هل يجوز له أن

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٧ .

(٢) و(٣) الكافي ج ٥ ص ٤١٥ و ٤١٦ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٨ .

(٥) و(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٧ .

يتزوّج ابنتها؟ قال : ما حرّم حرامٌ حلالاً قطُّ،^(١) .

و عن صفوان في الصحيح قال : « سألته المرزبان عن الرجل يفجر بالمرأة و هي جارية قوم آخرين ، ثم اشترى ابنتها أَيْحِلُّ له ذلك ؟ قال : لا يحرّم الحرام الحلال . ورجل فجر بامرأة حراماً أيتزوّج بابنتها ؟ قال : لا يحرّم الحرام الحلال ،^(٢) .

ولا يخفى أنّه لا يمكن الجمع بين الطائفتين من الأخبار فلا بدّ من الترجيح أو التخيير ، وربما يرجح الطائفة الأولى من جهة مخالفة العامة ، و يحمل الطائفة الثانية على التقيّة ، وقد يقال مع تسليم ذلك بدعوى أنّ المشهور بينهم الحلّ لا نوجب الموافقة الترجيح بعد موافقة الطائفة الثانية لعموم قوله تعالى « وأحلّ لكم ما وراء ذلكم » بل يمكن أن يقال بترجيح الموافق للكتاب على المخالف للعامة إمّا بناءً على الاقتصار على المرجّحات المنصوصة وملاحظة الترتيب بينهما فواضح ضرورة أن الموافقة للكتاب مقدّمة بحسب الترتيب في الأخبار العلاجية على المخالفة للعامة ، وأمّا بناءً على التعدّي أو على الاقتصار مع عدم رعاية الترتيب فلما أفاده الشيخ الأنصاري قدّس سرّه من أنّ المستفاد من الأخبار التي أطلق فيه الترجيح بموافقة الكتاب ولو بقرينة لزوم قلة المورد لها بل عدمه لو قلنا بتقديم سائر المرجّحات هو أنّ الخبر المعتضد بظاهر الكتاب لا يعارضه الخبر الآخر وإن كان ممّالو انفراد لكان مخصّصاً أو مقبلاً ، سلّمنا عدم تقدّم موافقة الكتاب في مقام الترجيح على مخالفة العامة فلا أقلّ من التساوي فيكون المرجع الأصل و هو استصحاب صحة العقد .

ويمكن أن يقال بعد فرض التساوي يكون المرجع التخييري الأول أخذ بالطائفة الأولى والطائفة الثانية لا الأصل ولا لزوم عدم التخيير في الأخبار ، ومن البعيد إجازة الإمام عليه السلام في مقام التقيّة التزويج مع كونه حراماً و عدم الاكتفاء بالفتوى بل مع التعليل ، وفي رواية هشام المذكورة سأل « السائل عن تزوّج المرأة المائنة ما اكتفى بحليتها بل أضيف حليّة الأمّ والبنت ، نعم يشكل الأخذ بمضمون خبر زرارة المذكور فإنّ ما فيه على

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٠٨ . والكافي ج ٥ ص ٤١٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٨ والكافي ج ٥ ص ٤١٥ .

المحكمي « ما حرّم حرامٌ حلالاً قط » ، آب عن التخصيص مع أن مثل ما لو فجر بفلام يكون حرمة أُمّه و بنته و أخته مسلمة ، ثم إن الأخبار الدالة على عدم الحرمة مع سبق العقد يظهر من بعض الأخبار تقييدها بصورة الدخول بها و المشهور لا يلتزمون به وهو خلاف الخبر المعروف « الحرام لا يحرّم الحلال » ، أو « لا يفسد الحلال » .

وأما لوزنا بالعمّة أو الخالة فقد يقال : إن قلنا بحرمة بنت المزنّي بها يكون حرمة ابنتيهما على وفق القاعدة فلا حاجة إلى التمسك بأخبار خاصة ، وأما إن قلنا بعدم تحريم بنت المزنّي بها فلا يجدي التمسك بالأخبار الخاصة إلا في تحريم بنت الخالة المزنّي بها خاصة لا اختصاص الخبر بها و يدل على الحرمة ما رواه ثقة الإسلام في الكافي في الصحيح أو الحسن ، عن أبي أيوب ، عن محمد بن مسلم قال : « سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام وأنا جالس عن رجل نال من خالته في شبابه ، ثم ارتدع أيتزوج ابنتها ؟ قال : لا ، فقال : إنه لم يكن أفضى إليها إنما كان شيء دون شيء ؟ فقال : لا يصدق ولا كرامة » (١) .

و يمكن أن يقال : إن الزنا بالعمّة و الخالة وإن كان أشدّ حرمة من الزنا بالغير إلا أن الأخبار السابقة لا تشمل الزنا بهما فعلى القول بالحرمة هناك لا مجال للقطع بعدم الفرق و شمول الأخبار للمقام ، نعم مقتضى الخبر المذكور في تلك المسئلة أعني قوله عليه السلام « إن الحرام لا يحرّم الحلال » ، أو « لا يحرّم الحرام الحلال » ، يشمل المقام لكنه قابل للتخصيص بالخبر المذكور ، والخبر المذكور مخصوص بالخالة إلا أنه حكى عن ابن إدريس أنه قال : وقد روى أن « من فجر بعمته أو خالته لم يجز له ابنتاهما » ، وأورد ذلك شيخنا أبو جعفر في نهايته و شيخنا المفيد في مقنعتة والسيد المرتضى في انتصاره انتهى .

و يظهر من كلامه وجود الخبر بالنسبة إلى العمّة أيضاً لكنه لم ينقل عن كتب الأكابر المذكورين الخبر المذكور بالنحو الذي ذكره ، فلا مجال للتعدّي عن الخالة .

﴿ و أمّا اللّمس و النظر بما لا يجوز لغير المالك فمنهم من نشر به الحرمة على أب اللّمس و الناظر و ولده ، و منهم من خصّ التحريم بمنظورة الأب ، و الوجه الكراهية في ذلك كلّه ، ولا يتعدّى التحريم إلى أمّ الملموسة والمنظورة ولا بنتيهما ﴾ .
في المقام قولان منشأؤهما اختلاف الأخبار ، فمما يدلّ على نشر الحرمة صحيحة محمد بن إسماعيل د سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرّجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحلّ لولده ؟ فقال عليه السلام : بشهوة ؟ قلت : نعم ، قال عليه السلام : ما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة ، ثمّ قال عليه السلام : ابتداء منه : إن جرّدها ونظر إليها بشهوة حرمت على أبيه و ابنه ، قلت : إذا نظر إلى جسدها ؟ فقال : إذا نظر إلى فرجها و جسدها بشهوة حرمت عليه ،^(١) .

و صحيحة ابن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام د في الرّجل تكون عنده الجارية يجرّدها وينظر إلى جسدها نظر شهوة هل تحلّ لأبيه وإن فعل أبوه هل تحلّ لابنه ؟ قال عليه السلام : إذا نظر إليها بشهوة ونظر منها إلى ما يحرم على غيره لم تحلّ لابنه ، وإن فعل ذلك الابن لم تحلّ للأب ،^(٢) .

و خبر يونس ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن أدنى ما إذا فعله الرّجل بالمرأة لم تحلّ لابنه ولا لأبيه ، فقال عليه السلام : الحدّ فيه المباشرة ظاهرة أو باطنة ممّا يشبه مسّ الفرجين ،^(٣) .

و غير ذلك من الأخبار و استفاد من مجموع هذه الأخبار أن كلّاً من النظر إلى جسد الجارية و لمسه بشهوة و النظر إلى فرجها و لمسه و لولا عن شهوة يكون موجباً لنشر الحرمة ، ولا يبعد تقييد النظر إلى الفرج بالشهوة لوجود القيد في كلام الإمام عليه السلام على المحكيّ .

وأما ما استدلّ به على عدم النشر فروايتان إحداهما موثقة على بن يقطين عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٦ و الاستبصار ج ٣ ص ٢١٢ .

(٣) الاستبصار ج ٣ ص ٢١٢ .

العبد الصالح عليه السلام « عن الرجل يقبل الجارية يأسرها من غير جماع داخل أو خارج
أتحل لابنه أو لأبيه ؟ قال عليه السلام : لا بأس ، (١) .

و الثانية رواية الكاهلي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن رجل تكون له
جارية فيضع أبوه يده عليها من غير شهوة أو ينظر منها إلى محرّم من شهوة ، فكره عليه السلام
أن يمسّها ابنه ، (٢) .

وقد يستشكل في دلالة الثانية حيث إن المراد من قول الرّاوي « فكره » ليس
هو الفتوى بالكراهة بل المراد منه إظهاره عليه السلام التنفر و الانزجار و هو لازم أعم
للكراهة .

ويمكن أن يقال : بعد السؤال عن وضع اليد على الجارية من غير شهوة لابد أن
يكون إظهار التنفر و الانزجار منه عليه السلام راجعاً إلى كلتا صورتين من وضع اليد
بغير شهوة و النظر من شهوة فإذا فرغنا من عدم نشر الحرمة في الصورة الأولى فكذلك
في الصورة الثانية لوحدة ما يقوم مقام الجواب .

وقد يقال في دفع الخدشة في الموثقة من حيث الدلالة باحتمال كون تقبيل الجارية
لا عن شهوة إن الظاهر من قوله : « يأسرها من غير جماع » أنه يتلذّذ بها بأنواع
التلذّذ غير الجماع ، ويمكن أن يقال : لا ظهور فيه ألا ترى أنه في صحيحة محمد بن-
إسماعيل المذكورة بعد السؤال عن تقبيل الجارية قال عليه السلام على المحكي « بشهوة »
فمع الظهور لا حاجة إلى الاستفصال ، نعم ترك الاستفصال كاف في المقام فإن كان ترك
الاستفصال بمنزلة الإطلاق أمكن الجمع بين الأخبار السابقة و الموثقة بالإطلاق و
التقييد ، وإن قلنا إنه أقوى من الإطلاق لأن الإطلاق بمنزلة ضرب القانون بخلاف
ترك الاستفصال فالمعارضة باقية ، و كذلك بالنسبة إلى رواية الكاهلي فمع عدم إمكان
الجمع الدلالي تصل النوبة إلى الترجيح السندي .

فقد يقال : إن قلنا بأن المستفاد من تعليلهم عليهم السلام في الأخبار العلاجية الأخذ

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٩ .

بالخبر الموافق للمشهور بأن المجمع عليه لا ريب فيه بعد العلم بأن المراد ليس نفي الرّيب عنه حقيقة بل بالإضافة هو أن الملاك في الترجيح كون أحد الخبرين بالإضافة إلى الآخر أقرب إلى الواقع وأقل احتمالاً لمخالفة الواقع فلا إشكال حينئذ في تقديم تلك الأخبار فإنها لكثرتها واشتمالها على الصحاح يكون احتمال مخالفتها للواقع أقل وأضعف من احتمال مخالفة الموثقة له .

و أمّا بناءً على ما أشرنا إليه سابقاً من تقديم الترجيح بموافقة الكتاب على جميع ما سواها من المرجّحات لأنّ المستفاد من الأخبار الدّالة على تقديم الخبر الموافق للكتاب هو أن المخالف للكتاب ليس بحجة في مقام التعارض فهي تكون في مقام تعيين الحجة عن اللاحجة ، و معه يرتفع موضوع سائر المرجّحات فلا يخلو تقديم تلك الأخبار على الموثقة الموافقة لعموم الكتاب وهو قوله تعالى « وأحلّ لكم ما وراء ذلكم » عن الإشكال .

و يمكن أن يقال على فرض تسليم استفادة ما ذكر من الأخبار الدّالة على الأخذ بالخبر الموافق للكتاب وطرح المخالف بشكل ما ذكر من جهة استفادة مرجحية الكتاب من بعض الأخبار الواردة في الأخذ بموافق الكتاب لتمييز الحجة عن اللاحجة ومع ذلك بشكل تقديم الموثقة .

و هل يتعدى الحكم إلى أم المنظورة و الملموسة و بنتها فيه خلاف ناش عن اختلاف الأخبار فما يدلّ على التحريم النبوي ﷺ « من كشف قناع امرأة حرم عليه أمّها و بنتها » و في نبوي آخر « لا ينظر الله تعالى إلى رجل نظر إلى فرج امرأة و ابنتها » .

وصحيح ابن مسلم « من تزوّج امرأة فنظر إلى رأسها وإلى بعض جسدها أيتزوّج ابنتها ؟ قال : لا إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوّج ابنتها » ^(١) .

ومما يدلّ على عدم التحريم صحيح العيص « سأل الصادق عليه السلام عن رجل باشر امرأة و قبل غير إنّه لم يفض إليها ، ثمّ تزوّج بنتها ؟ فقال عليه السلام : إذا لم يكن أفضى

إلى الأمّ فلا بأس وإن كان أفضى إليها فلا يترتّب وج انتبتها ^(١) ، وحيث إنّ الجمع الدّلالى غير ممكن فالترجيح بحسب السند ، ومادلّ على الجواز موافق لعموم قوله تعالى دوا حلّ لكم - الآية .

و يلحق بهذا الباب مسائل : الأولى لو ملك أختين فوطىء واحدة حرمت الأخرى ولو وطىء الثانية أثم ولم تحرم الأولى واضطربت الرواية ففي بعضها تحرم الأولى حتى تخرج الثانية عن الملك لا للعود . وفي أخرى إن كان جاهلاً لم تحرم وإن كان عالماً حرمتا عليه .

لا خلاف ولا إشكال في جواز الجمع بين الأختين في الملك ولا خلاف ولا إشكال في عدم جواز الجمع بينهما في الوطىء بملك اليمين فلو وطىء إحدیهما حرم عليه وطىء الأخرى لأنّه يتحقّق الجمع المحرّم به و حينئذ لو عصى و وطىء الأخرى فهل يختصّ التحريم بالثانية أيضاً أو بالأولى أوحرمتا جميعاً مطلقاً أو مع العلم بالموضوع والحكم وجوه بل أقوال قد يقال أقواها : بحسب القواعد الأوّل و بحسب الأدلة الخاصة الأخير .

أما أقوائية الأوّل بحسب القواعد فلأنّ وطىء الأولى ثانياً بعد وطىء الأخرى وإن كان مصداقاً للجمع فيكون مقتضى إطلاق مادلّ على النهي عن الجمع تحريمه أيضاً إلا أنّ مصداقية الجمع لما كانت مسببة عن وطىء الأخرى المحرّم فيكون مقتضى إطلاق مادلّ على أنّ الحرام لا يحرمّ الحلال عدم تحريمه و النسبة بينهما عموم من وجه فيتساقطان ويرجع إلى الأصل ، ومقتضى الاستصحاب حلية الأولى وحرمة الثانية . وأما أقوائية الأخير بحسب الأدلة الخاصة فلأنّ الأخبار وإن كانت مختلفة فبعضها يدلّ على حرمة الأولى وبعضها على حرمة كليهما مطلقاً وبعضها على حرمة كليهما مع العلم بالموضوع والحكم وبعضها على حرمة كليهما ولو مع الجهل إلا أنّه يمكن الجمع بينها بأن يقال : إنّ تخصيص الحرمة في الطائفة الأولى بالأولى من جهة أنّ حرمة الثانية مفروغ عنها فلا تنافي بينها وبين الطائفة الثانية الدّالة على

حرمة كليتهما ، و مقتضى قاعدة حمل المطلق على المقيد تقييد الطائفة الثانية بالطائفة الثالثة الدالة على تخصيص الحكم بحرمة الجميع بصورة العلم وأنه لو وطئ الأخرى بجهالة لم تحرم عليه الأولى ولا يعارضها الطائفة الرابعة الدالة على حرمة الجميع ولو مع الجهل كخبر عبد الغفار الطائي ، عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل كانت له أختان فوطئ إحدىهما ، ثم أراد أن يوطئ الأخرى ، قال : يخرجها من ملكه قلت : إلى من ؟ قال : إلى بعض أهله ، قلت : فإن جهل ذلك حتى وطئها ؟ قال عليه السلام : حرمتا عليه كليهما ^(١) » .

و ذلك لاحتمال أن يكون المراد من قول السائل « فإن جهل ذلك » هو الجهل بما علمه الإمام من الحيلة الشرعية في جواز وطئ الثانية بعد وطئ الأولى بقوله عليه السلام يخرجها من ملكه لا الجهل بالموضوع أو الحكم فتدبر .

ويمكن أن يقال : أما ما ذكر من الرجوع إلى الاستصحاب بعد التعارض فيشكل لأنه مع قطع النظر عن عدم حجية الاستصحاب في الشبهات الحكمية .
نقول بعد صدق عنوان الجمع على وطئ الأولى بعد وطئ الثانية مابقي الموضوع للحلية حتى يستصحب ، والذي يسهل الخطب أنه مع وجود الأخبار لا تصل النوبة إلى ما ذكر .

وأما ما ذكر من أن الطائفة الدالة على حرمة الأولى لاتعارض الطائفة الثانية لأن حرمة الثانية مفروغ عنها ، ففيه إشكال لأنه لم يظهر من أخبار الباب كون حرمة الثانية مفروغاً عنها فمنها ما رواه في الكافي في الحسن أو الصحيح عن الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : « وسئل عن رجل كان عنده أختان مملوكتان فوطئ إحدىهما ثم وطئ الأخرى قال : إذا وطئ الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى ، فقلت : أرايت إن باعها أتحل له الأولى ؟ قال : إن كان يبيعها لحاجة ولا يخطر على قلبه من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً ، وإن كان إنما يبيعها ليرجع

إلى الأولى فلا ولا كرامة، (١).

و عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل عنده أختان مملوكتان فوطيء إحديهما ثم وطيء الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى، قلت: أرأيت إن باعها؟ فقال: إن كان إنما يبيعها ولا يخطر على باله من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً وإن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا، (٢).
و رواه الصدوق بإسناده، عن العلاء، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام مثله.

و عن علي بن أبي حمزة، عن أبي إبراهيم عليه السلام قال: «سألته عن رجل ملك أختين أبطأهما جميعاً فقال: يبطأ إحديهما فإذا وطيء الثانية حرمت عليه الأولى التي وطئها حتى تموت الثانية أو يفارقها وليس له أن يبيع الثانية من أجل الأولى ليرجع إليها إلا أن يبيع لحاجة أو يتصدق بها أو تموت (٣)،».

و ما رواه المشايخ الثلاثة - نور الله تعالى مرا قدهم - عن الحلبي في الصحيح بروايته الشيخين المتقدمين عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: الرجل يشري الأختين فبطأ إحديهما ثم يبطأ الأخرى بجهالة قال: إذا وطيء الأخرى بجهالة لم تحرم عليه الأولى وإن وطيء الأخيرة وهو يعلم أنها محرمة عليه حرمتا عليه جميعاً، (٤)».

و ما رواه في التهذيب عن عبد الغفار الطائي (٥)، عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل كان له أختان فوطيء إحديهما - الخ، فلاحظ رواية علي بن أبي حمزة يسأل عن وطئ الأختين، ورواية الحلبي ورواية أبي الصباح ومحمد بن مسلم لم يظهر منها

(١) و(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٢.

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩٧.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٣٣ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٧ والفتاوى باب الجمع بين الأختين

المملوكتين تحت رقم ٢.

(٥) تقدم آنفاً.

كون حرمة الثانية مفروغاً عنها وإن كان المراد أنه حيث إن وطئ الأمتين جمعاً من المحرمات في الإسلام والجمع يتحقق بوطئ الثانية فلا بد من أن يكون وطئ الأولى أيضاً مفروغاً عن حرمة لتحقيق الجمع به بعد وطئ الثانية فكيف في الروايات تعرض لحرمة .

و أما ما ذكر في خبر الطائي من احتمال أن يكون المراد من قول السائل - الخ ، فيشكل من جهة أنه مع قطع النظر عن بعده لو كان كلام السائل قابلاً للمعنيين واجب بجواب واحد من دون تعرض لمراد السائل وأنه ما مراده يلزم أن يكون الجواب واحداً على التقديرين نظير ترك الاستفصال فمع الإشكال في الجمع الدلالي لا بد من الترجيح أو التخيير .

﴿ الثانية يكره أن يعقد الحرّ على الأمة ، وقيل : يحرم إلا أن يعدم الطول ويخشى العنت . الثالثة لا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من حرتين أو حرّة وأمتين أو أربع إماء ، الرابعة لا يجوز نكاح الأمة على الحرّة إلا بإذنها ، ولو بادر كان العقد باطلاً ، وقيل : كان للحرّة الخيرة بين إجازته وفسخه ، وفي رواية : لها أن تفسخ عقد نفسها ، وفي الرواية ضعف . ولو أدخل الحرّة على الأمة جاز ، وللحرّة الخيار إن لم تعلم ، إن كانت الأمة زوجة ﴾ .

اختلف في جواز تزويج الحرّ الأمة مطلقاً وعدم جوازه إلا بشرطين عدم الطول بمعنى عدم التمكّن من المهر والنفقة وخشية العنت بمعنى خوف المشقة المؤدّية إلى الوقوع في الإثم من ترك التزويج على قولين . واستدلّ المجوّزون بعموم قوله تعالى «أوفوا بالعقود» وبقوله تعالى «أحلّ لكم ما وراء ذلكم» وقوله تعالى «وأنكحوا الأيامي منكم» وخصوص قوله ﷺ على المحكيّ في مرسل ابن بكير «لا ينبغي أن يتزوج الرجل الحرّ المملوكة»^(١) ، وقوله ﷺ على المحكيّ في خبر أبي بصير «لا ينبغي للحرّ أن يتزوج الأمة وهو يقدر على الحرّة»^(٢) ، حيث إن التعبير «بلا ينبغي» مشعرٌ بالكراهة .

وقد يناقش في ما ذكر في مقام الاستدلال أمّا عموم «أوفوا بالعقود» فلعدم جواز التمسك به في باب المعاملات إذ المراد بالعقد على ما يظهر من بعض الروايات و كلام بعض أهل اللغة هو العهد ولا يصدق العهد على المعاملات ، و أمّا قوله تعالى «أحلّ لكم ما وراء ذلكم» فلمنع الإطلاق له من حيث الأسباب ضرورة أنه في مقام بيان مجرد قابلية غير المحرّمات بالذات كالأمّ والبنت وغيرهما ، و أمّا إنها بم يصرن محكّلة فعلاً فليست في مقام بيانها .

و أمّا قوله تعالى «وأنكحوا الأيامي» فلاّنّ النكاح ليس له حقيقة واحدة كي يصحّ التمسك بإطلاقه لصحة كلّ ما صدق النكاح ضرورة اختلاف النكاح حقيقة بحسب اختلاف الملل والنحل فإنّ لكلّ ملّة و قوم نكاحاً خاصّاً فتدبر ، هذا مضافاً إلى أنّ هذه عمومات وإطلاقات يجب تخصيصها وتقييدها بأدلة المانعين .

و يمكن أن يقال : ما ذكر من منع صدق العهد على المعاملات مشكّل فإنّ المتبايعين يتعاقدان على كون المبيع للمشتري و الثمن للبائع ، و الزوج و الزوجة كذلك و كذا سائر المعاملات كالصلح و الإجارة وغيرهما ، نعم لو شكّ في القابلية للنكاح فلامجال للتمسك بهذا العموم لاثبات القابلية للنكاح .

و أمّا ما ذكر في الاستدلال بقوله تعالى «و أحلّ لكم ما وراء ذلكم» فلم يظهر وجهه فإنّ سبب النكاح ليس إلّا الإيجاب و القبول في ما يحلّ فإذا دلّ الدليل على الحليّة فلا يبقى شكّ بعد تحقق الإيجاب و القبول و كيف وقد استدلّ به في الشكّ في نشر الحرمة بالزّنا كما سبق وجعل موافقة الكتاب موجبة للأخذ بالأخبار الموافقة . واستدلّ المانعون بمفهوم قوله تعالى : «ومن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات و الله أعلم بإيمانكم بعضكم من بعض فأنكحوهن بائن أهلهنّ و آتوهنّ أجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ولا متخذات أخدان فإذا أحسن فإنّ أتين بفاحشة فعليهنّ نصف ما على المحصنات من العذاب ، ذلك لمن خشي العنت منكم وأن تصبروا خير لكم والله غفور رحيم^(١)» .

و صحيح ابن مسلم « سئل أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج المملوكة قال :
إذا اضطرَّ إليها لا بأس ^(١) ، و نحوه خبر أبي بصير وصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام
« سأله عن الرجل يتزوج الأمة قال : لا إلا أن يضطرَّ إلى ذلك ^(٢) .

و خبر يونس عنهم عليهم السلام « لا ينبغي للمسلم الموسر أن يتزوج الأمة إلا أن لا يجد
حرّة ^(٣) . و مرسل ابن بكير و خبر أبي بصير المتقدمين .

و تقريب الاستدلال بالآية الشريفة هو أن كلمة « من » في قوله تعالى « ومن
لم يستطع » إما شرطية و يكون قوله تعالى « فمن ماملكت » جواباً لها ، وإما موصولة
و يكون قوله تعالى « فمن ما ملكت » خبراً لها ، وعلى الثاني دخول الفاء على الخبر
يدلُّ على تضمّن الموصول معنى الشرط على ما صرح به أهل العربية . و على كلا
التقديرين يستفاد اشتراط الجواز بالشرط المذكور ، و لا مجال لاحتمال أن يكون
الرجحان مشروطاً لأن معنى قوله تعالى « فمن ماملكت » فليتكح ماملكت والأمر
للرجحان فبانتفاء الشرط ينتفي الرجحان لا الجواز كما هو المدعى لأن سوق الآية
الشريفة لوقوعها عقيب بيان ما يحرم من النساء وما يحلُّ يكون قرينة على بيان الحكم
من جهة الحلّة و الحرمة مضافاً إلى ما في ذيلها من قوله تعالى « وأن تصبروا خير لكم »
و نوقش بأنه لم يحرز كون الآية الشريفة في مقام بيان الحلّة و الحرمة لا احتمال
كونها جملة مستقلة غير مرتبطة بما قبلها و ليس وقوعها عقيب السابقة قرينة على ما ذكر
ولاينا في هذا مع قوله تعالى « و أن تصبروا خير لكم » حيث إنه يستلزم رجحان الفعل
أعني النكاح مع تحقق الشرط و رجحان الترك أيضاً و هو غير معقول لأن المراد من
الصبر ليس هو الصبر على ترك النكاح مع وجود الشرطين أعني عدم الاستطاعة و خوف
العنت المفسّر بخوف الإثم الذي يؤدي إليه توقان الشهوة وكثرتها كي يلزم المحذور
المذكور ، بل المراد منه توطين النفس على تحمّل المشقة بالتقوى و شدّة الورع بحيث

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٩ و ٣٦٠ .

يزول عنه الخوف ويطمئن بعدم الوقوع في المحرّم و يخرج عن موضوع هذا الحكم الاضطراري ولا منافاة بين الحكم برجحان إتيان فعل على مكلف خاص مع الحكم برجحان إزالة ذلك المكلف تلك الخصوصية عن نفسه ليخرج عن موضوع ذلك الحكم. و يمكن أن يقال : حمل قوله تعالى « و أن تصبروا - الخ » على ما ذكر خلاف الظاهر لا يصار إليه حيث إنّ تحصيل التقوى و شدة الورع بتلك المرتبة يحتاج إلى مدّة يروض فيها نفسه بذلك و لعلّ المتعین الحمل على المعنى الأوّل كما أنّه يظهر من صحيح زرارة المذكور عدم الجواز بدون الاضطرار ، ولا مجال للخدشة في دلالة و إن أمكن الخدشة في دلالة صحيح ابن مسلم وخبر أبي بصير بأنّ البأس المذكور فيهما يجتمع مع الكراهة فلا ظهور في الحرمة ، ولا يخفى أنّ مقتضى صحيح زرارة كفاية الاضطرار ولو مع الاستطاعة فلا يبعد عدم كون الاستطاعة شرطاً شرعياً لجواز النكاح بل إرشاداً إلى ما هو أسهل لمريد النكاح .

ثمّ إنّّه قد يقال مع عدم تماميّة أدلّة المجوّزين و المانعین نرجع إلى الأصول العمليّة و مقتضاها هو الحرمة و الفساد لأنّ الشكّ إنّ كان في مجرد التكليف و أنّ تزوّج الأمة حرام تكليفاً أو لا فمقتضى الأصل حيث إنّ الباب باب الفروج هو الاحتياط و إن كان الشكّ في الوضع و إنّ العقد عليها فاسد أو لا فمقتضى الأصل حيث إنّ الباب باب الأسباب و المسببات هو الفساد إلّا أنّه يمكن التمسك للمجوّزين بالنصوص الناهية عن تزويج الأمة على الحرّة بتقريب أن يقال : لا شكّ في ظهور تلك النصوص في أنّ النهي عن تزوّج الأمة على الحرّة إنّما هو لكونه على الحرّة و إنّ لهذا العنوان موضوعيّة لالكون هذا العنوان ملازماً غالباً لفقد شرط صحّة العقد على الأمة و هو خوف الغت المنتفي غالباً فلو كان للشرطين مدخليّة لكان الأولى التعليل بفقدان الشرط لا بوجود المانع ، ولكن الحقّ مع ذلك عدم جواز التزوّج إلّا مع وجود الشرطين لأخبار خاصّة صريحة في ذلك موجبة لحمل أخبار النهي عن تزويج الأمة على الحرّة على الحكم الحيثي و أنّها في مقام بيان اعتبار إذن الحرّة أيضاً في جواز النكاح عليها مضافاً إلى اعتبار الشرطين لأنّ المراد كفاية الإذن و لو مع فقد الشرطين مثل ما رواه

في غوالي اللثالي من أنه « يحرم أن يتزوج المملوكة وإن فعل ذلك فرّق بينهما و عزّر ، و مثل ما رواه في الحقائق المشتمل على تعداد ما حرّم من الفروج في القرآن و ما حرّم منها في السنّة و قد عدّ من المحرّم منها في السنّة تزويج الأمة لمن يقدر على الحرّة .

و يمكن أن يقال : أمّا ما ذكر من الأصل مع عدم تماميّة أدلّة المجوّزين و المانعين فيشكل من جهة أن القائل بالحرمة نظره إلى الحرمة الوضعيّة و لا أظن أن يكون نظر القائل بالحرمة إلى الحرمة التكليفيّة إلا أن يقال بالحرمة التشريعيّة وهي خارجة عن محلّ الكلام ، و ما ذكر من الاحتياط في باب الفروج إن تمّ يكون راجعاً إلى الزّواج و معاملة الزّوجيّة و لا يوجب حرمة العقد من دون معاملة الزّوجيّة ، و مع أنّه لا دليل عليه بل في الشبهات الموضوعيّة مقتضى رواية مسعدة بن صدقة خلافه .

و أمّا الحرمة الوضعيّة فتقريبها أن مقتضى الاستصحاب إن تمّ في الشبهات الحكميّة عدم تحقق المسبب أعني الحلّيّة لكنّه إذا شكّ في شرطيّة شيء للحليّة فلقائل أن يتمسك بحديث الرّفّع في رفعها لأنّ المحصّل إذا كان بيانه راجعاً إلى الشارع فلا مانع من رفع الشرطيّة فيه و معه لا مجال للاستصحاب .

و أمّا ما ذكر في الجواب عن الاستدلال بالأخبار الدّالة على عدم جواز نكاح الأمة على الحرّة على عدم لزوم الشرطين فلا مانع منه إلا أنّه يلزم حمل الأخبار على صورة نادرة الوقوع فالأولى في المقام التمسك بصحيح ابن مسلم والتفصيل بين صورة الاضطرار العرفي لا الاضطرار الموجب لرفع الحرمة وغيرها .

و أمّا عدم جواز أن يتزوّج العبد أكثر من حرّتين أو حرّة و أمتين أو أربع إماء فالظاهر عدم الخلاف فيه و يدلّ عليه النصوص منها صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام « سأله عن العبد يتزوّج أربع حرائر قال عليه السلام : لا ، ولكن يتزوّج حرّتين وإن شاء أربع إماء » (١) .

و منها خبر الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن المملوك ما يحل له من النساء ؟ فقال : حرّتان أو أربع إماء » ^(١) .

ومنها خبر زرارة عن أحدهما عليه السلام « سألته عن المملوك كم يحل له أن يتزوج قال عليه السلام : حرّتان أو أربع إماء » ^(٢) .

ولا يخفى أنه لا تعرض في هذه الأخبار لجواز أن يتزوج العبد حرّة وأمتين لكنّه ادّعى الإجماع عليه وفي الفقيه ^(٣) بعد أن روى عن حماد بن عيسى أنه « سئل أبا عبد الله عليه السلام كم يتزوج العبد قال : قال أبي عليه السلام : قال علي عليه السلام : لا يزيد على امرأتين » قال : وفي حديث آخر « يتزوج العبد حرّتين أو أربع إماء أو أمتين و حرّة » .

و أمّا عدم جواز نكاح الأّمه على الحرّة إلا بإذنها فلا خلاف فيه مع عدم الإذن و مع الإذن فيه خلاف ويظهر من حكاية الشيخ عن قوم من أصحابنا عدم الجواز حتّى مع الإذن ، ويدلّ على الجواز مع الإذن ما عن ابن بزيع في الصحيح « سألت أبا الحسن عليه السلام هل للرجل أن يتمتّع بالمملوكة بإذن أهلها و له امرأة حرّة ؟ قال : نعم ، إذا رضيت الحرّة ، قلت : فإن رضيت الحرّة يتمتّع منها ؟ قال : نعم » ^(٤) .

ومن الأخبار الواردة في المقام ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن ، عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « تزوّج الحرّة على الأّمه ولا تزوّج الأّمه على الحرّة و من تزوّج أمة على حرّة فنكاحه باطل » ^(٥) .

ومنها ما رواه في الفقيه في الصحيح عن محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام « أنه

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٥ و الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ .

(٣) باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٧٤ . و نقله الشيخ في التهذيب ج ٢

ص ٣٠٦ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٣ .

(٥) المصدر ج ٥ ص ٣٥٩ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢١٢ .

عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل تزوج أمة على حرّة فقال : إن شئت الحرّة أن تقيم مع الأمة أقامت وإن شئت ذهبت إلى أهلها» ^(١).

والمحكى في شرح النافع لصاحب المدارك عن الشيخين وابن حمزة وابن البرّاج أنهم أفتوا بمضمون هذه الرواية فإن كانت الرواية مجبورة من جهة السند يكون معارضة مع الأخبار المذكورة الدالة على المنع والمحكي في المختلف كون الحرّة مختارة في فسخ عقد الأمة وإمضائه والترجيح مع تلك الأخبار.

وأما جواز إدخال الحرّة على الأمة فقد ظهر من الأخبار المذكورة . و أما الثبوت الخيار لها مع الجهل بكون الأمة زوجة فيدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن يحيى الأزرق عن الصادق عليه السلام قال : «سألت عن رجل كانت له امرأة وليدة فتزوج حرّة ولم يعلمها أن له امرأة وليدة ، فقال : إن شئت الحرّة أقامت وإن شئت لم تقيم ، قلت : قد أخذت المهر فتذهب به ؟ قال : نعم بما استحل من فرجها» ^(٢).

ولو جمع بينهما في عقد صحّ عقد الحرّة دون الأمة . الخامسة لا يحل العقد على ذات البعل ولا تحرم به ، نعم لو زنا بها حرمت ، وكذا في الرّجعية خاصة . السادسة من تزوج امرأة في عدتها جاهلاً بالعقد فاسد ، ولو دخل حرمت أبداً ، ولحق به الولد ، وله المهر بوطي الشبهة ، وتتم العدّة للأوّل وتستأنف أخرى للثاني وقيل : تجزي عدّة واحدة ، ولو كان عالماً حرمت بالعقد ، ولو تزوج محرماً عالماً حرمت وإن لم يدخل ولو كان جاهلاً فسد ولم تحرم ولودخل . السابعة من لاط بعلام فأوقبه حرمت عليه أمّ الغلام وبنته وأخته .

أما لو عقد على الحرّة والأمة بعقد واحد فيمكن أن يقال : الأدلة المانعة من إدخال الأمة على الحرّة لا يشملها لأنها ظاهرة في صورة سبق نكاح الحرّة إلا أن يتمسك بصحيح الحذاء عن أبي جعفر عليه السلام «أنه سئل عن رجل تزوج امرأة حرّة وأمين مملوكين في عقد واحد ؟ قال : أما الحرّة فنكاحها صحيح وإن كان سمى لها مهراً

فهولها ، وأما المملوك كان فإن نكاحهما في عقد مع الحرّة باطلٌ يفرق بينه وبينها^(١) .
و من قال بالصحة مع الإذن يقول بها في المقام إلا أن يستشكل من جهة عدم
صحة نكاح الأمة من جهة فقدان شرط الصحة فلا يفيد الإذن .

و أما عدم حليّة العقد على ذات البعل فلعلة من ضروريات الدين .
و أما عدم لزوم الحرمة الأبدية فمحل الكلام فالظاهر أنه مع الجهل و عدم
الدخول لا إشكال في عدم لزوم الحرمة الأبدية لعدم تحقق الموجب لها فمقتضى
العمومات والاطلاقات الحليّة .

و أقام العلم بالحكم والموضوع فمع الدخول يكون زنا والمشهور أنه موجب
للحرمة الأبدية و يدل عليه مرفوعة أحمد بن محمد المروية في الكافي وعدّة من أصحابنا
عن أحمد بن محمد رفعه : إن الرجل إذا تزوّج امرأة وعلم أن لها زوجاً فرّق بينهما ولم
تحلّ له أبداً^(٢) ، وإن كان جاهلاً فإنها تحرم مع الدخول لموثقة زرارة عن أبي جعفر
عليه السلام « في امرأة فقد زوجها أونعى إليها فتزوّجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها فقال :
تعتدّ منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدّة واحدة وليس للآخر أن يتزوّجها أبداً »^(٣) .

وهذه الرواية و إن لم يذكر فيها دخول الثاني بها إلا أنه حيث ذكر في الجواب
« تعتدّ منهما » يظهر أنها مدخولٌ بها للثاني ، و أما مع الجهل وعدم الدخول فمجرد
العقد لا يوجب الحرمة الأبدية ، و أما الزنا بدون العقد فادّعى الإجماع على إيجابه
الحرمة الأبدية وليس نصٌّ بأبدينا إلا ما في الفقه المنسوب إلى الرضا صلوات الله
عليه و نسب المحقق - قدس سره - إلى المشهور فمقتضى الاحتياط الاجتناب للزّاني و
مع وقوع العقد بعد الزّنا الاحتياط بالطلاق لاتجوز إزدواجها مع الغير بدون الطلاق
وكذا الكلام في المطلقة الرّجعية لأنّها في حكم الزّوجة .

و أما التزوّج في العدّة فمع الجهل وعدم الدخول لا إشكال في أنه لا يوجب

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢١٢ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢٢٩ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٢ والاستبصار ج ٣ ص ١٨٨ .

الحرمة الأبدية ويدل عليه ما رواه في الكافي في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها بجهالة أهي ممن لا تحل له أبداً ؟ فقال : لا أما إذا كان بجهالة فليتزوّجها بعد ما تنقضي عدتها وقد يعذر الناس في الجهالة بما هو أعظم من ذلك ، فقلت : بأي الجهالتين أعذر بجهالته أن يعلم أن ذلك محرّم عليه ؟ أم بجهالته أنها في عدّة ؟ فقال : إحدى الجهالتين أهون من الآخر الجهالة بأن الله حرّم ذلك عليه وذلك بأنّه لا يقدر على الاحتياط معها ، فقلت : فهو في الأخرى معذور ؟ قال : نعم إذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوّجها ، فقلت : فإن كان أحدهما متعمداً و الآخر يجهل ، فقال : الذي تعمّد لا يحل له أن يرجع إلى صاحبه أبداً ^(١) . »

و ما رواه في الكافي و التهذيب ، عن إسحاق بن عمار في الموثق قال : قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : « بلغنا عن أبيك أن الرجل إذا تزوّج المرأة في عدتها لم تحل له أبداً ، فقال : هذا إذا كان عالماً فإذا كان جاهلاً فارقها و تعتد ثم يتزوّجها نكاحاً جديداً ، ^(٢) . »

و مع العلم تحرم أبداً كما ظهر من هذين الخبرين ، و كذلك مع الدخول و يدل عليه ما رواه في الكافي و التهذيب ، عن الحلبي في الحسن أو الصحيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن المرأة الحبلية يموت زوجها فتضع و تزوّج قبل أن يمضي لها أربعة أشهر و عشراً ، فقال : إن كان دخل بها فرّق بينهما ، ثم لم تحل له أبداً واعتدت بما بقي عليها من الأوّل و استقبلت عدّة أخرى من الآخر ثلاثة قروء ، و إن لم يكن دخل بها فرّق بينهما واعتدت بما بقي عليها من الأوّل وهو خاطب من الخطاب ^(٣) . »

و عن محمد بن مسلم في الموثق ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن الرجل تزوّج المرأة في عدتها ؟ قال : إن كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له أبداً و أتمت

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٧ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٠١ و اللفظ له .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٢٩ و التهذيب ج ٢ ص ٢٠١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٢٧ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٠١ .

عدتها من الأول و عدّة أخرى من الآخر ، وإن لم يكن دخل بها فرق بينهما و أتمت عدتها من الأول و كان خاطباً من الخطاب ، ^(١).

ثم إنه استشكل على فقه صحيحة ابن الحجاج و ذكر إشكالان أحدهما أن المراد بالجهالة المفروضة فيها إن كان هو الشك فحكمه ^{بالتام} بالمعذورية لا ينطبق على القواعد ضرورة أن الشك إن كان في الحكم الشرعي الكلي وهو حرمة التزويج في العدّة فالشاك فيه لا يكون معذوراً إلا بعد الفحص عن الدليل و اليأس عنه ، وإن حملنا الصحيحة على ما بعد الفحص فيشكل بأنه كيف يمكن أن يكون شاكاً بعد الفحص مع وضوح هذا الحكم بين المسلمين وإن كان الشك في الموضوع و أنها في العدّة أم لا فتارة يكون الشك فيه من جهة الشك في أصل مقدار العدّة بحسب جعل الشرع و أخرى من جهة الشك في انقضائها مع العلم بمقدارها شرعاً ، و على كل تقدير يكون الحكم بالمعذورية على خلاف القاعدة إن مقتضى استحباب الحكم في الأول و استحباب الموضوع في الثاني عدم المعذورية و إن كان المراد بالجهالة هي الغفلة و الجهل المركّب بالحكم أو الموضوع أو كليهما أو الجهل البسيطة بأصل الموضوع و أنها ذات عدّة أصلاً أم لا . فالحكم بالمعذورية و إن كان مطابقاً للقواعد إلا أن مقتضاه تخصيص الحكم بالغافل مطلقاً و الشاك في أصل تحقق الموضوع و هو مخالف لإطلاق سائر الأخبار وإطلاق كلمات الأصحاب.

و يمكن أن يقال : الحرمة التكليفية غير معلوم بل الظاهر كون الحرمة وضعيّة بمعنى فساد العقد ، و لعل المراد بالمعذورية في العقد عليها ثانياً بمعنى أن العقد الأول لا يصير سبباً للحرمة الأبدية فهو معذور ، ويجوز له العقد ثانياً كما يشعر بذلك قوله ^{بالتام} على المحكي « إذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوجها » و كذلك حرمة خطبتها لا تدل على حرمة العقد ، و لسنا بصدد إثبات الإباحة بل نقول : استفادة الحرمة من تلك الأخبار التي بأيدينا مشكلة فالمعذورية في المقام غير المعذورية في الأحكام التكليفية حتى يرد ما ذكر من أن المعذورية بعد الفحص .

وَأَمَّا مَا ذَكَرَ مِنْ أَنَّ الشَّكَّ فِي الْمَوْضُوعِ تَارَةً يَكُونُ مِنْ جِهَةِ الشَّكِّ فِي مَقْدَارِهِ
 شَرْعاً فَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ أَنَّ هَذَا دَاخِلٌ فِي الشَّبَهَاتِ الْحَكْمِيَّةِ وَلَيْسَ مَجْرَى لِلِاسْتِصْحَابِ إِلَّا
 بَعْدَ الْفَحْصِ وَالْيَأْسِ ، وَأَمَّا صُورَةُ الشَّكِّ فِي الْمَوْضُوعِ مِنْ جِهَةِ الشَّكِّ فِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ
 فَالشَّكُّ فِيهَا إِنْ كَانَ مِنْ جِهَةِ الشَّكِّ فِي مَبْدئِهَا كَمَا إِذَا شُكَّ فِي أَنَّ الطَّلَاقَ وَقَعَ فِي
 أَوَّلِ مُحَرَّمٍ حَتَّى تَكُونَ الْعِدَّةُ مَنْقُضَةً أَوْ فِي أَوَّلِ صَفَرٍ حَتَّى تَكُونَ غَيْرَ مَنْقُضَةٍ فَالظَّاهِرُ
 عَدَمُ جَرِيَانِ الْاسْتِصْحَابِ فِيهِ ، لِأَنَّ مَعْنَى الْاسْتِصْحَابِ هُوَ التَّمْدِيدُ ، وَالْمَفْرُوضُ أَنَّ
 الشَّكَّ فِي مَبْدَأِ الْمَدَّةِ ، نَعَمْ يَسْتَصْحَبُ عَدَمَ جَوَازِ النِّكَاحِ .

وَالْإِشْكَالُ الثَّانِي أَنَّ تَعْلِيلَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلَى الْمُحْكَمِ أَهْوِيَّةُ الْجَهَالَةِ بِالْحُكْمِ وَإِنَّ
 اللَّهَ تَعَالَى حَرَّمَ عَلَيْهِ ذَلِكَ مِنَ الْجَهَالَةِ بِالْمَوْضُوعِ وَأَنَّهَا فِي الْعِدَّةِ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ « لَا نَهْ
 لَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِحْتِيَاظِ مَعَهَا » بِنَاءً عَلَى كَوْنِ الْجَهَالَةِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ بِمَعْنَى وَاحِدٍ لَا نَهْ إِنْ
 كَانَتْ بِمَعْنَى الْغَفْلَةِ فَلَا إِشْكَالَ فِي عَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلَى الْإِحْتِيَاظِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، وَإِنْ كَانَتْ
 بِمَعْنَى الشَّكِّ فَلَا إِشْكَالَ فِي قُدْرَتِهِ عَلَى الْإِحْتِيَاظِ مَعَهُ فِي كِلَيْهِمَا ، وَالتَّفْكِيكُ بَيْنَ الْجَهَالَتَيْنِ
 بِحَسَبِ الْمَعْنَى بَأَن يَجْعَلَ الْجَهَالَةَ بِالْحُكْمِ بِمَعْنَى الْغَفْلَةِ ، وَالْجَهَالَةَ بِالْمَوْضُوعِ بِمَعْنَى
 الشَّكِّ ، وَإِنْ كَانَ يَسْتَقِيمُ مَعَهُ التَّعْلِيلُ إِلَّا أَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ .

وَأُجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّ وَجْهَ قُدْرَتِهِ عَلَى الْإِحْتِيَاظِ فِي الثَّانِي وَعَدَمِهِ فِي الْأَوَّلِ هُوَ أَنَّهُ
 يَتِمَكَّنُ فِي الثَّانِي بَعْدَ الْإِلْتِفَاتِ إِلَى الْحُكْمِ الْوَضْعِيِّ مِنْ رَفْعِ الْيَدِ عَنِ الْمَرْأَةِ ، وَهَذَا
 بِخِلَافِ الْأَوَّلِ فَإِنَّهُ عَمَلُ غَفْلَةٍ بِالْفِعْلِ الْمَحْرَّمِ شَرْعاً ، وَلَا يَتِمَكَّنُ مِنْ تَدَارُكِهِ بَعْدَ
 الْإِلْتِفَاتِ ، نَعَمْ لَوْ انْفَتَقَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لَا يَجُوزُ لَهُ قَبْلَ انْقِضَائِهَا تَجْدِيدُ الْعَقْدِ
 عَلَيْهَا فَتَدْبَرُ .

وَفِيهِ إِشْكَالٌ لِأَنَّ مَا ذَكَرَ مَبْنِيٌّ عَلَى ثُبُوتِ الْحَرَمَةِ التَّكْلِيفِيَّةِ لِنَفْسِ الْعَقْدِ بَدُونِ
 الدُّخُولِ وَإِبَاتِهِ مُشْكَلٌ وَرَبَّمَا يَتِمَسَّكُ بِأَنَّ الْخُطْبَةَ حَرَامٌ فَالنِّكَاحُ بِطَرِيقِ أُولَى وَلَا
 يَتِمُّ لِعَدَمِ الْعِلْمِ بِالْمَنَاطِ وَعَلَى تَقْدِيرِ الْحَرَمَةِ وَحَمَلِ الْجَهَالَةِ عَلَى الْغَفْلَةِ لَا الشَّكَّ مَعَ الْإِلْتِفَاتِ
 فَحَالُ الْغَفْلَةِ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِحْتِيَاظِ ، وَبَعْدَ الْإِلْتِفَاتِ يَتِمَكَّنُ مِنَ الْإِحْتِيَاظِ سَوَاءً كَانَ الشَّكُّ
 مِنْ جِهَةِ الْحُكْمِ أَوْ مِنْ جِهَةِ الْمَوْضُوعِ بِرَفْعِ الْيَدِ عَنِ الْمَرْأَةِ فَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ فِي نَفْسِهِ

محرماً مع عدم الدخول كما هو المفروض فلا تمكن له من تداركه، فلا بد من رد علمه إلى أهله .

وما ذكر مبني على حمل الجلالة على الغفلة وظاهر الكلمات شمولها لصورة الشك كما لعله الظاهر من الأخبار ولا أقل من قابلية السؤال لكلا المعنيين وعدم التعرض لمراده من كلامه فلا يكون المرأة زانية وتستحق المهر ويكون الولد مع الدخول ولد شبهة ، و تتم العدة للزوج الأول و تستأنف عدة أخرى لمن تزوج بها ، هذا هو مقتضى القاعدة المقررة في الأصول من أن تعدد الأسباب موجب لتعدد المسببات وهو المشهور بين الأصحاب و يدل عليه الحسن كالصحيح ، عن أبي عبدالله عليه السلام الذي رواه الحلبي ، و موثق محمد بن مسلم المتقدمان ولا يعارضهما موثقة زرارة المتقدمة عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة فقدت زوجها أو نعى إليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها ؟ قال عليه السلام : تعدد منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدة واحدة ، و ليس للآخر أن يتزوجها ^(١) .

و صحيحته عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها ، قال عليه السلام : يفرق بينهما و تعدد عدة واحدة منهما جميعاً ^(٢) ، لا اعتضاد رواية الحلبي و موثق محمد بن مسلم و غيرهما مما يطابقهما بالشهرة و الإجماع فاللزام طرحهما أو حملهما على أن المراد من الواحدة فيهما هو الاتحاد في المقدار و مع تسليم التكافؤ لموافقة تلك الأخبار للعامة فالمرجع استصحاب الحرمة لا العدة بعد كون الشك في أصل مقدارها بحسب جعل الشرع إذ لا مجال لجريان الاستصحاب فيها ، هكذا قيل .

ويمكن أن يقال : مع احتمال أن يكون أخذ المشهور من باب الترجيح أو التخيير يشكل ترك الرأيتين ، و ما ذكر من حمل الرأتين على ما ذكر لا مجال له فإن الحكيم إذا كان في مقام البيان لا يريد من كلامه غير الظاهر منه كما لا يخفى .
و أما ما ذكر من أنه مع التكافؤ يرجع إلى الاستصحاب فلم يظهر وجهه مع أن

القاعدة التخيير مع التكافؤ ، هذا مضافاً إلى الإشكال في الاستصحاب في الشبهات الحكمية
و كيف كان لا إشكال ولا خلاف في أن لها مهرها على الزوج الأول للعقد والوطي
الصحيحين ولا تستحق على الثاني مع علمها بالتحريم إذ لا مهر لبني .

وأما مع جهلها بالتحريم وعدم الدخول فلا شيء لها عليه لفساد العقد وعدم
استحلال الفرج . وأما مع الدخول فالمعروف أنه لا إشكال في استحقاقها للمهر بما
استحل من فرجها .

ويمكن أن يقال : أما مع الجهل بنحو تكون معذورة كصورة الغفلة أو الجهل
المركب بحيث تعتقد أنه لا إشكال في تزوجها فلا إشكال ، وأما مع الشك واحتمال
الحرمة فيقع الإشكال لأن الشاك الملتفت غير معذور وهو في حكم العاقد ، ثم مع
استحقاق المهر من جهة استحلال الفرج يقع الإشكال في أن المستحق المهر المسمى
في العقد الفاسد أو مهر المثل ، منشأ الإشكال والاختلاف أن اللأم الدخلة على المهر
في قولهم **عَلَيْهَا** على المحكي «فلها المهر بما استحل من فرجها» هل هي للعهد كي يكون
المراد ما هو المعهود بينهما من المهر المسمى ، أو يكون المراد ما هو المعهود في الشرع
من المسمى مع التعيين والمثل مع عدمه ، أو أنها للجنس كي يكون المراد أنها تستحق
مهر أوليست كالزانية في عدم استحقاقها أصلاً ، وقد يقال : إن الظاهر أنها للعهد والمراد
ما هو المعهود بينهما من المسمى كما لا يخفى على من راجع الأخبار . وفيه تأمل
حيث إن العلة ظاهراً استحلال الفرج لا التسمية في العقد الفاسد والاستحلال يناسب
مع الجنس لا مع الخاص المسمى في العقد الفاسد .

وأما نكاح المحرم فلا إشكال في فساده وبطلانه وإنما الخلاف في أنه يوجب
تحريم المرأة عليه أبداً مطلقاً علم بالحرمة أو لم يعلم ، دخل بها أولم يدخل ، أو أنه
لا يوجب التحريم الأبدى إلا مع العلم وإن لم يدخل بها أو مع الدخول وإن لم يعلم
بالحرمة ، ومنشأ الخلاف اختلاف ما ورد في المسئلة من الأخبار .

فمنها ما دل على أنها يوجب التحريم أبداً مطلقاً كخبر أديم بن الحر
الخزاعي عن الصادق **عليه السلام** «إن المحرم إذا تزوج وهو محرم فرق بينهما ولا

يتعاودان أبدأ ، (١) .

وخبر الحكم بن عتيبة « سألت أبا جعفر عليه السلام المحرم تزوج امرأة في عدتها قال عليه السلام : يفرق بينهما ولا تحل له أبدأ ، (٢) .

وخبر إبراهيم بن الحسن ، عن أبي عبد الله عليه السلام « إن المحرم إذا تزوج وهو محرم فرق بينهما ثم لا يتعاودان أبدأ ، (٣) .

ومنها ما دل على أنه فاسد ولكن لا يوجب التحريم الأبدى مطلقاً كخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل ملك بضع امرأة وهو محرم قبل أن يحل ؟ فقضى عليه السلام أن يخلي سبيلها ولم يجعل نكاحها شيئاً حتى يحل فإذا أحل خطبها إن شاء فإن شاء أهلها زوّجوه وإن شاؤوا لم يزوّجوه ، (٤) .

ومنها ما دل على أنه يوجب الحرمة الأبدية إذا كان عالماً بالحكم كخبر زرارة وداود بن سرحان ، عن أبي عبد الله عليه السلام وخبر أديم بن يّاع الهروي عنه عليه السلام أيضاً أنه قال : « والمحرم إذا تزوج وهو يعلم أنه حرام عليه لم تحل له أبدأ ، (٥) .

فقد يقال : إن مقتضى القاعدة وإن كان هو الجمع بينهما بتقييد الطائفة الأولى الدالة على التحريم أبدأ مطلقاً بمفهوم الطائفة الثالثة الدالة على عدم التحريم مع الجهل و تقييد الطائفة الثانية الدالة على عدم التحريم مطلقاً بمنطوق الطائفة الثالثة الدالة على التحريم مع العلم وتصير النتيجة هو التحريم مع العلم دخل بها أم لا ، وعدم التحريم مع الجهل دخل بها أم لا ، إلا أن تقييد الطائفة الأولى بمفهوم الطائفة الثالثة حيث يوجب حملها على الفرد النادر لندرة إقدام المحرم الذي هو في مقام إتيان ما هو من أفضل

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٥ .

(٣) الكافي ج ٢ ص ٣٧٢ .

(٤) التهذيب ج ١ ص ٥٤١ حسبما رقمناه ٢٩٩٩ حسبما رقم فيه .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٢٦ .

الأعمال على النكاح مع علمه بالحرمة والفساد فتكون الطائفة الأولى بهذه الملاحظة كالنص في الاطلاق فيقع المعارضة بينهما وبين مفهوم الطائفة الثالثة فيرجع في مورد التعارض وهو التزويج مع الجهل إلى عموم « و أحل لكم ما وراء ذلكم » .

ويمكن الجمع بأن يحمل الطائفة الأولى بقريضة قوله عَلَيْكُمْ على المحكي « فرّق بينهما » التحريم مع الدخول لا التفريق الاعتباري بمعنى ارتفاع الزوجية لأنه حاصل بنفس فساد العقد من دون حاجة إلى أمر الحاكم أو عدول المؤمنين ، بل المراد التفريق الخارجي من جهة الاجتماع في الفراش الغير المنفك غالباً عن الدخول وحينئذ يرتفع التعارض بينهما وبين الطائفة الثانية لأن هذه مقيدة والطائفة الثانية مطلقة ، وكذا يرتفع التعارض بينهما وبين الطائفة الثالثة لأن النسبة بينهما وبين المفهوم وإن كانت عموماً من وجه إلا أن المفهوم لا يصلح للمعارضة مع المنطوق من جهة أن دلالة التعليق على الشرط على المفهوم إنما هي من جهة ظهور التعليق عليه في كونه علة منحصرة وظهورة في ذلك ليس بمثابة يعارض مع ظهور المنطوق .

ويمكن أن يقال : أما ما ذكر من الجمع بينهما بتقييد الطائفة الأولى - الخ . فهو لا يرفع التناقض بين الاطلاقين . نعم يمكن الجمع بين أحدا الاطلاقين وبين ما دل على التقييد ، و ثانياً نقول : فرق بين الاطلاق وترك الاستفصال وخبر الحكم ترك الاستفصال فيه فهو أقوى من الاطلاق لأنه ليس تركه من قبيل ضرب القانون .

وأما ما ذكر من أنه يمكن الجمع بأن يحمل الخ فيشكل لمنع الظهور في ما ذكر ونظير هذا التعبير أعني قوله عَلَيْكُمْ على المحكي « فرّق بينهما » ذكر في الأخبار السابقة ولم يحمل على ما ذكر والفعل المبني للمفعول لم يذكر فاعله ، و يصح بأن يفرق الزوج والزوجة أنفسهما لا الحاكم ولا عدول المؤمنين فمع الترجيح بموافقة الكتاب يؤخذ بالموافق له ولو لا الترجيح كان مقتضى ما دل على التخيير التخيير .

وأما حرمة أم الغلام و بنته وأخته على المرتكب فيدل عليه صحيح ابن أبي عمير ، عن رجل من أصحابه ، عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يعبت بالغلام قال : إذا

أوقب حرمت عليه بنته وأخته ، (١) .

و خبر اليماني عنه عليه السلام أيضاً « في الرجل يعث بغيام هل تحل له أمه ؟ فقال عليه السلام : إن كان ثقب فلا ، (٢) .

و خبر حماد بن عثمان « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل أتى غلاماً أتحل له أخته ؟ فقال عليه السلام : إن كان ثقب فلا ، (٣) إلى غير ذلك من النصوص .

و هل يشمل الأخبار صورة تحقق الوطى بالشبهة ؟ قد يستشكل من جهة منع الإطلاق من جهة الوقوع عن شبهة ، وأجيب بأن ندرة الوجود تمنع الحمل على الإطلاق بناء على ما ذهب إليه السلطان من توقف الحمل عليه على . مقدّمات سماها بمقدّمات الحكمة ، و أمّا بناء على ما هو الحق من عدم الاحتياج إلى تلك المقدّمات و أن إسناد الحكم إلى الطبيعة مهمة بنفسه ظاهر في كونها تمام الموضوع للحكم و أن الحكم متعلق بها بالأصالة لا بالعرض و تبعاً للفرد و المقيّد من جهة تحققها بتحقيقه فلا يمنع ندرة الوجود عن الحمل على الإطلاق كما لا يوجب ندرته انصراف الإطلاق عن النادر إلى غيره .

ويمكن أن يقال : نمنع تعلق الحكم في صورة تقييد الموضوع بقيد تبعاً فإذا قال المولى : أكرم العالم العادل . ليس تعلق بنفس العالم تبعياً للعالم العادل لأن العالم العادل ليس إلا العالم والمقيّد بالعدالة فيلزم أن يكون تعلق الوجوب بإكرام نفس العالم تبعاً لتعلقه بإكرام نفس العالم المنضم بقيد العدالة و هو كما ترى ، فتأمل .

ثم إن ظاهر الأخبار ما لو وقع الوطى من الرجل فلا يشمل وقوعه من غير البالغ والقطع بعدم الفرق مشكل ، والمسئلة محل الخلاف و إن اشتهر عدم الفرق فمقتضى الاحتياط عدم التزويج و إن وقع فلا بد من الاحتياط بالطلاق لرفع الشبهة .

السبب الرابع في استيفاء العدد إذا استكمل الحر أربعاً بالقبطة حرم عليه

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١٧ .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٧ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٢ .

ما زاد ، و يحرم عليه من الإماء ما زاد على اثنتين وإذا استكمل العبد حرّتين أو أربعاً من الإماء غبطة حرم عليه ما زاد ، و لكلّ منهما أن يضيف إلى ذلك بالعقد المنقطع و بملك اليمين ما شاء .

أما عدم جواز العقد الدائم للحرّ على أزيد من أربع حرائر فهو مجمع عليه بين المسلمين و يدلّ عليه الأخبار منها حسنة زرارة و محمد بن مسلم « إذا جمع الرّجل أربعاً فطلق إحداهنّ فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدّة المرأة التي طلق ، ^(١) .

و قول الصادق عليه السلام على المحكيّ في صحيحة زرارة « لا يجمع ماءه في خمس ، ^(٢) .

و كذا يحرم ما زاد على أمتين في النكاح الدائم ، وادّعي عليه الإجماع واستدلّ عليه بقول أبي جعفر عليه السلام على المحكيّ في رواية أبي بصير « لا يصلح أن يتزوج ثلاث إماء ، ^(٣) ولو لا الإجماع لكان استفادة الحرمة من هذه الرواية مشكلة .

و أما عدم جواز العقد الدائم على أزيد من أربع إماء للعبد أو حرّتين فالظاهر عدم الخلاف فيه ، و يدلّ عليه النصوص منها صحيحة محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام « سأله عن العبد يتزوج أربع حرائر ؟ قال : لا ، ولكن يتزوج حرّتين و إن شاء - تزوّج أربع إماء ، ^(٤) .

و منها خبر الصيقل ، عن أبي عبد الله عليه السلام « سأله عن المملوك ما يحلّ له من النساء ؟ فقال عليه السلام : حرّتان أو أربع إماء ، ^(٥) .

و منها خبر زرارة ، عن أحدهما عليهما السلام « سأله عن المملوك كم يحلّ له أن

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٩ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٩٨ .

(٣) د ج ٢ ص ١٩٨ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٦ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٩٨ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٧٧ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٨ .

يتزوج؟ قال عليه السلام : حرّتان أو أربع إماء ، ^(١) .

وفي خبره الآخر ، عن أبي جعفر عليه السلام : لا يجمع من النساء أكثر من حرّتين ، ^(٢) .

و أما جواز أن يضيف كلٌّ من الحرّ والعبد بالعقد المنقطع ما شاء فهو المشهور و عن ابن البرّاج تحريم الزّيادة على الأربع و يدلّ عليه الأخبار منها ما رواه في الكافي عن زرارة في الصحيح «قال : قلت : ما تحلّ من المتعة؟ قال : كم شئت ، ^(٣) .

و عن عمر بن أذينة في الصحيح أو الحسن ، عن أبي عبد الله عليه السلام «قال : قلت له : كم تحلّ من المتعة؟ قال : فقال : هنّ بمنزلة الإماء ، ^(٤) .

و روى في الفقيه عن الفضيل بن يسار : أنّه سأله عن المتعة فقال : هي كبعض إماءك ، ^(٥) .

و ما رواه في الكافي والتهذيب ، عن بكر بن محمد الأزدي في الصحيح «قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتعة هي من الأربع؟ فقال : لا ، ^(٦) .

و ما رواه المشايخ الثلاثة - نوّر الله تعالى مراقدهم - عن أبي بصير «قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المتعة أي من الأربع؟ قال : لا ولا من السبعين ، ^(٧) .

و ما رواه في الكافي والتهذيب ، عن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام «في المتعة قال : ليست من الأربع لأنّها لا تطلق ولا ترث ، وإنّما هي مستأجرة ، ^(٨) .

و ما رواه في الكافي عن إسماعيل بن فضل في الصحيح أو الحسن «قال : سألت

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٨ والكافي ج ٥ ص ٢٧٧ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٧ والتهذيب ج ٢ ص ٣٠٧ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٥١ .

(٤) باب المتعة تحت رقم ١٣ .

(٥) (٦ و ٧ و ٨) الكافي ج ٥ ص ٢٥١ والتهذيب ج ٢ ص ١٨٨ والاستبصار ج ٣ ص ١٢٧ و

١٢٨ و الفقيه باب المتعة تحت رقم ١٢ .

أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة فقال : ألق عبد الملك بن جريج فاسأله عنها فإنَّ عنده منها علماً فأنيتَه فأملَى عليَّ شيئاً كثيراً في استحلالها ، فكان فيما روى لي ابن جريج قال : ليس فيها وقت ولا عدد إنما هي بمنزلة الإماء يتزوج منهنَّ كم شاء ، وصاحب الأربع نسوة يتزوج منهنَّ ما شاء بغير وليٍّ ولا شهود فإذا انقضى الأجل بانت منه بغير طلاق ، و يعطيها الشيء اليسير و عدتها حيضتان فإن كانت لا تحيض فخمسة و أربعون يوماً ، فأنيت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام فعرضت عليه فقال : صدق وأقرَّ به ، قال ابن أذينة و كان زرارة بن أعين يقول : هذا و يحلف أنه الحق إلا أنه يقول : إن كانت تحيض فحيضة و إن كانت لا تحيض فشهرو نصف » (١) .

و احتجَّ ابن البرَّاج على ما نقل عنه بعموم « فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية » و ما رواه الشيخ عن أحمد بن محمد بن أبي نصر ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألتَه عن الرَّجل يكون عنده المرأة ، أيحلُّ له أن يتزوج بأختها متعة ؟ قال : لا ، قلت : حكى زرارة عن أبي جعفر عليه السلام إنما هي مثل الإماء يتزوج ما شاء ، قال : لا هي من الأربع ، (٢) .

و يدلُّ على ذلك أيضاً ما رواه الشيخ في التهذيب عن عمار الساباطي في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام « عن المتعة قال : هي إحدى الأربع ، (٣) .

و أُجيب عن الآية بعد تسليم دلالتها على تحريم الزَّائد بالحمل على النكاح الدائم جمعاً بينها و بين الأخبار المتقدمة ، و عن الرواية بحمل النهي على الكراهة ، و حمل قوله « من الأربع » على الاستحباب كما يدلُّ عليه رواية البرنطي الأخرى عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : « قال أبو جعفر عليه السلام : اجعلوهنَّ من الأربع ، فقال له صفوان بن يحيى على الاحتياط ؟ قال : نعم ، (٤) حيث إنَّ الإمام عليه السلام ليس شأنه الاحتياط في الحكم بل محمول على الاحتياط من جهة تشنيع العامة لأنَّه إذا جعله من الأربع أمكنه دعوى كونها دائمة لا متعة بخلاف ما لو زادت على الأربع .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥١ .

(٢) (٢٠٣ و ٢) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ والاستبصار ج ٣ ص ١٢٧ .

و أما جواز إضافة ملك اليمين ماشاء فلا إشكال فيه و يدل عليه ما رواه في كتاب قرب الاسناد ، عن الحسين بن علوان ، عن جعفر ، عن أبيه ، أن علياً عليه السلام كان يقول: لا يتزوج العبد أكثر من امرأتين ، ^(١) .

و لكل من الحر والعبد أن يضيف إلى ذلك بالعقد المنقطع و ملك اليمين ما ماشاء ، و في خصوص العبد ما رواه في الكافي عن الحسن بن زياد ، عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : « لا بأس أن يأذن له يعني المملوك مولاه فيشتري من ماله إن كان له جارية أو جوارى يطوهن » و رقيقة له حلال ، ^(٢) .

و عن إسحاق بن عمار في الموثق قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المملوك يأذن له مولاه أن يشتري من ماله الجارية و الثنتين و الثلاث و رقيقة له حلال ؟ قال : يحد له حداً لا يتجاوز » ، ^(٣) .

و عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا أذن لعبده أن يتسرى من ماله فإنه يشتري كم شاء بعد أن يكون قد أذن له » ، ^(٤) .

و ما رواه الشيخ عن محمد بن الفضيل قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن المملوك كم يحل له من النساء ؟ قال : لا يحل له إلا ثنتان و يتسرى ما شاء » ، ^(٥) .

❖ و إذا طلق واحدة من الأربع حرم عليه ما زاد غبطة حتى يخرج من العدة أو تكون المطلقة بائنة ، و كذا لو طلق امرأة و أراد نكاح أختها ، ولو تزوجها في عقد بطل ، و قيل : يتخير والرواية مقطوعة ❖ .

إذا طلق واحدة من الأربع فإن كان الطلاق رجعيّاً فالظاهر أنه لا خلاف في عدم جواز نكاح الخامسة ولا أخت المطلقة لعدم خروج المطلقة عن حكم الزوجة مادامت في العدة و إن كانت المطلقة بالطلاق البائن فالمشهور جواز نكاح الخامسة لخروجها

(١) قرب الاسناد ص ٥٠ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٣٧٧ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٧٧ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٥ . والاستبصار ج ٣ ص ٢١٣ .

عن حكم الزوجة خلافاً لما حكى عن بعض الفقهاء من وجوب الصبر إلى انقضاء العدة لا طلاق جملة من الأخبار كصحيحة زرارة عن الصادق عليه السلام : « إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلق ، ^(١) .

و أورد بأنه وإن كانت الأخبار مطلقة شاملة لما إذا كان الطلاق بائناً إلا أنه لا بد من رفع اليد عن إطلاقها بما ورد في جواز نكاح أخت المطلقة البائنة قبل انقضاء عدتها من التعليل بقوله عليه السلام على المحكمي : « إذا أبرء عصمتها فلم يكن له عليها رجعة فله أن يخطب أختها ، ^(٢) الدال على أن المدار انقطاع العصمة .

و أورد عليه بأنه لم يعلم كون ما ذكر من العلة المنصوصة كي يتعدى عن موردها إلى غيره إذ لعل لخصوصية المورد دخلاً في الحكم فالأولى في الجواب منع الإطلاق بأن يقال : الظاهر من التعبير بالطلاق على نحو الإطلاق من غير تقييد بالخلع أو المبارات أو البائن هو إرادة صرف الوجود من الرجعي لا الأعم منه .

و يمكن أن يقال : قد يستفاد من مناسبة الحكم والموضوع عدم مدخلة الخصوصية ، ولذا لو قيل : لا تشرب الخمر لا سكارها . يتعدى إلى كل مسكر ، ولا مجال لاحتمال دخل خصوص الخمر ، و كذلك يشكل في المقام احتمال دخل خصوص الأخت .

و أما ما ذكر من عدم الإطلاق في الطلاق يشكل من جهة أن ما ذكر إن سلم في قبال الخلع والمبارات فهو غير مسلم في البائن ، و لذا يذكر الخلع والمبارات في الفقه بالاستقلال دون البائن ، فالإطلاق يشمل البائن ولا بد في القول بعدم الحاجة إلى انقضاء العدة في البائن ، فمثل التمسك بما ذكر لا يمنع الإطلاق ، و يشهد لما ذكر ما رواه الصدوق بطريقه إلى الحسن بن محبوب ، عن سعد بن أبي خلف ، عن سنان بن طريف ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سئل عن رجل كن له ثلاث نسوة ، ثم تزوج امرأة فلم يدخل بها ، ثم أراد أن يعتق أمة ويتزوجها قال : إن هو طلق التي لم يدخل

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣١ .

بها فلا بأس أن يتزوج أخرى من يومه ذلك ، وإن طلق من الثلاث النسوة اللاتي دخل بهن واحدة لم يكن له أن يتزوج امرأة أخرى حتى تنقضي عدّة المطلقة ، ^(١) .
ففي هذه الرواية عبّر بالطلاق من غير تقييد الطلاق بالبائن .

والروايات الواردة في خصوص الأخت منها ما رواه في الكافي ، عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام : « في رجل طلق امرأته وهي حبلى أيتزوج أختها قبل أن تضع ؟ قال : لا يتزوجها حتى يخلو أجلاها ، ^(٢) .

و عن علي بن أبي حمزة عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : « سألته عن رجل طلق امرأته أيتزوج أختها ؟ قال : لا حتى ينقضي عدتها ، ^(٣) إلى غير ذلك من الأخبار .

وأما بالنسبة إلى الطلاق البائن وأنه يجوز له التزوج ولا يتوقف على انقضاء العدّة فما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح إلى أبي بصير وهو مشترك وإن استظهر عدّ حديث الضير في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أيحل أن يخطب أختها من قبل أن تنقضي عدّة المختلعة ؟ قال : نعم قد برئت عصمتها وليس لها عليها رجعة ، ^(٤) .

وما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن ، عن أبي عبدالله عليه السلام : « في رجل طلق امرأته أو اختلعت منه أو بارئت أله أن يتزوج بأختها ؟ قال : فقال : إذا برئت عصمتها ولم يكن لها عليها رجعة فله أن يخطب أختها - الحديث ، ^(٥) .

وما رواه الحسين بن سعيد في كتابه بسنده عن أبي بصير والمفضل بن صالح وأبي أسامة جميعاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « المختلعة إذا اختلعت من زوجها ولم يكن لها عليها رجعة حلّ له أن يتزوج أختها في عدتها ، ^(٦) .

(١) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٢٧ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٣٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٤ و قدم تقدم .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٣٢ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٨ .

(٥) الوسائل كتاب الطلاق أبواب العدد ب ٢٨ ح ٥ .

ولو تزوّج الأختين في العقد الواحد بطل نكاحهما على الأشهر لامتناع صحة نكاحهما وصحة نكاح إحداهما ترجيح بلامرجح وإحداهما لا بعينها لا تكون موضوعاً للصحة ، و قيل : يتخير إحداهما ويخلى سبيل الأخرى ، وبه رواية مرسلّة في التهذيب والكافي ومروية في الفقيه في الصحيح « في رجل تزوّج أختين في عقد واحد ؟ قال عليه السلام : هو بالخيار يمسك أيتهما شاء ويخلى سبيل الأخرى » ^(١) والمشهور لم يعملوا بظاهره .

ولو كان معه ثلاث فتزوّج اثنتين في عقد فإن سبق بإحداهما صحّ دون الأخرى وإن قرن بينهما بطل فيهما . وقيل : يتخير أيتهما شاء . وفي رواية جميل لو تزوّج خمساً في عقد واحد يتخير أربعاً ويخلى باقيةن .

ولو تزوّج اثنتين وله ثلاث فإن سبق عقد إحداهما ولو كان تزوّجهما بعقد واحد لكن كان ذكر إحداهما في الإيجاب والقبول سابقاً على ذكر الأخرى صحّ عقد السابقة دون الأخرى وإن اتفقا بطل العقدان على المشهور ، وذلك لامتناع صحة نكاح كليهما وصحة نكاح إحداهما بعينها ترجيح بلامرجح وإحداهما لا بعينها لا تكون موضوعاً للصحة لعدم تعلق العقد بهذا العنوان .

وقيل : يتخير في تعيين أيتهما ولعله لحسنه جميل أو صحيحته المروية في الكافي والفقيه والتهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل تزوّج خمساً في عقدة ؟ قال عليه السلام : يخلى سبيل أيتهن شاء ويمسك الأربع » ^(٢) لعدم القول بالفرق بين المسألتين .

وقد ظهر وجه البطلان والحق أنه لا مانع من صحة البعض وبطلان البعض كما التزموا في مالو أسلم الزوج على خمس زوجات ، ولا مانع من العمل بالرّوايتين المذكورتين لولا مخالفة المشهور ومخالفتهم مشكلة .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣١ . والتهذيب ج ٢ ص ١٩٥ . وفي الفقيه باب ما أحل الله

من النكاح تحت رقم ٢٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٠ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٨ والفقيه باب ما أحل الله من النكاح

تحت رقم ٢٥ .

﴿ و إذا استكملت الحرّة طلاقات ثلاثاً حرمت حتى تنكح زوجاً غيره ولو كانت تحت عبد ، وإذا استكملت الأمة طلقتين حرمت حتى تنكح زوجاً غيره ولو كانت تحت حرّ . و المطلقة تسماً للمدء تحرم على المطلق أبداً ﴾ .

لو طلق امرأته الحرّة ثلاث طلاقات بينها رجعتان أو باستيناف عقد أو بنحو التركيب من الرّجع حرمت عليه حتى ينكحها زوج آخر من غير فرق بين كون الطلاق طلاق سنة أو طلاق عدّة بلا خلاف في ذلك إلا من ابن بكير حيث خصّ ذلك بالطلاق العدّي مستنداً إلى بعض النصوص الشاذّة المعارضة بالنصوص المستفيضة الموافقة للكتاب والسنة واستدلّ عليه بقوله تعالى «الطلاق مرّتان فأمساك بمعروف أو تسريحاً بحسان فإن طلقها فلا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا - الآية .»

و وجه دلالتها على أن الطلاق المحرّم هو الثالث تعقيب قوله تعالى «فإن طلقها فلا تحلّ له» لقوله تعالى «الطلاق مرّتان» فإنّه يدلّ على أن الطلاق المحرّم هو الطلاق الواقع بعد المرّتين ، وفسر التسريح بإحسان بأن يطلقها التطليقة الثالثة ، والمروي أنّه قيل للنبي ﷺ : الطلاق مرّتان فأين الثالثة ؟ قال ﷺ : «فأمساك بمعروف أو تسريحاً بحسان» و يدلّ عليه أيضاً خبر أبي بصير المرويّ عن تفسير العياشي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «المرأة التي لا تحلّ لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره التي تطلق ثمّ تراجع ، ثمّ تطلق ثمّ تراجع ، ثمّ تطلق الثالثة فلا تحلّ حتى - إلى آخرها - إن الله تعالى يقول : «الطلاق مرّتان - الخ» والتسريح بإحسان هي التطليقة الثالثة (١) .»

و عنه أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام «إن الله يقول : «الطلاق - الخ» والتسريح بإحسان هو التطليقة الثالثة (٢) .»

و عن سماعة بن مهران «سألته عن المرأة التي لا تحلّ حتى تنكح زوجاً غيره» تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها وهو قول الله عزّ وجلّ : «الطلاق - الخ» قال عليه السلام : التسريح بإحسان التطليقة الثالثة (٣) .

ثم إن مقتضى إطلاق الآية الشريفة حرمة النكاح من غير فرق بين النكاح الدائم والمتعة ولا يكفي في الحلّة أن ينكحها رجل آخر متعة ففي خبر الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام « قلت : رجل طلق امرأته طلاقاً لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره فيتزوجها رجل متعة أتحلّ للأوّل ؟ قال عليه السلام : لا ، لأنّ الله تعالى يقول : « فان طلقها لا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فان طلقها » والمتعة ليس فيها طلاق ^(١) . »

ولا فرق في حرمة الحرّة المطلقة بالطلاق الثالث بين أن يكون الزوج حراً أو عبداً ويدلّ عليه الأخبار منها ما عن زرارة في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام « قال : سألته عن حرّة تحت أمة أو عبد تحت حرّة كم طلاقها وكم عدّتها فقال : السنة في النساء في الطلاق فإن كانت حرّة فطلاقها ثلاث وعدّتها ثلاثة أقراء ، وإن كان حرّة تحت أمة فطلاقها تطليقتان وعدّتها قرءان ^(٢) . »

و عن عبد الله بن سنان في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « طلاق المملوك للحرّة ثلاث تطليقات و طلاق الحرّ للأمة تطليقتان ^(٣) ، إلى غير ذلك من الأخبار . ومما ذكر ظهر أنّه مع استكمال الأمة طلقتين حرمت حتى تنكح زوجاً غيره وإن كانت تحت حرّ . »

ثم إنّ لا إشكال ولا خلاف في أنّه لو طلق امرأته تسعاً للعدّة ينكحها بينها رجلان بأن طلقها ثلاثاً بينها رجعتان في العدّة مع الوطي ، ثمّ تزوّجها المحلّل ثمّ بعد فراقها تزوّجها الأوّل فطلقها ثلاثاً بينها رجعتان في العدّة مع الوطي ، ثمّ تزوّجها المحلّل ثمّ بعد فراقها تزوّجها الأوّل فطلقها ثلاثاً بينها رجعتان في العدّة مع الوطي حرمت عليه المطلقة في التاسعة أبداً .

و تفسير الطلاق العدّي في مقابل السنّي ما في صحيحة زرارة قال : « قلت

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ والاستبصار ج ٣ ص ٢٧٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٧ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٤ والاستبصار ج ٣ ص ٣٣٥ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٧ .

لأبي جعفر عليه السلام : فسر لي طلاق السنة و طلاق العدة ، فقال عليه السلام : أما طلاق السنة فإذا أراد الرجل أن يطلق امرأته فلينتظر بها حتى تطمئ وتطهر ، فإذا خرجت من طمئها طلقها تطليقة من غير جماع ، و يشهد شاهدين على ذلك ، ثم يدعها حتى تطمئ طمئتين فتنقضي عدتها بثلاث حيض وقد بانت منه ويكون خاطباً من الخطاب إن شاءت تزوجته وإن شاءت لم تزوجه وعليه نفقتها والسكنى مادامت في عدتها وهما يتوارثان حتى تنقضي العدة . قال عليه السلام : وأما طلاق العدة الذي قال الله تعالى « فطلقوهن » - النخ ، فإذا أراد الرجل منكم أن يطلق امرأته طلاق العدة فلينتظر بها حتى تحيض وتخرج من حيضها ، ثم يطلقها تطليقة من غير جماع ويشهد شاهدين عدلين ويراجعها في يومه ذلك إن أحب أو بعد ذلك بأيام قبل أن تحيض ويشهد على رجعتها و يواقعها حتى تحيض فإذا حاضت وخرجت من حيضها طلقها تطليقة أخرى من غير جماع ، و يشهد على ذلك ، ثم يراجعها أيضاً متى شاء قبل أن تحيض ، و يشهد على رجعتها و يواقعها وتكون معه إلى الحيض أي الحيضة الثالثة فإذا خرجت من حيضتها الثالثة طلقها التطليقة الثالثة بغير جماع ، و يشهد على ذلك ، فإذا فعل ذلك فقد بانت منه ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره - الخبر ، ^(١) .

وقد يقال : إن الظاهر من أخبار الباب هو اعتبار أمرين في الطلقات التسع المحرمة إحداها توالياً والثاني وقوع نكاح رجلين خاصة بينها وعليه فلو طلقها تسعاً للعدة حقيقة مع التفرق بأن طلقها خمسة وعشرين مرة وكان لكل ثلاثة منها واحدة عدية من أوّل الدور لا يوجب تحريمها عليه مؤبداً لانتفاء الشرطين فما في المسالك من الحكم بالتحريم المؤبد في هذه الصورة تمسكاً بـ « طلاق مادل » على التحريم لا وجه له . ويمكن أن يقال : عمدة ما يمكن أن يستدل به لاعتبار كون الطلقات للعدة المروي في الخصال الآتي ولم يذكر الشرطان في الموثق الآتي و ليس فيه الشرطان المذكوران وهو مما ذكر مع سائر الأخبار فمع الأخذ به في مقام المعارضة لا يبقى دليل على اعتبار

الشرطين نعم ذكر في الفقه الرضوي لكن المشهور يستشكلون من جهة عدم إحراز انتساب ما فيه إلى الرضا عليه السلام ، ثم إنه وقع الإشكال والخلاف في أنه هل يعتبر في الطلقات التسع المحرمة أن تكون للعدة كما نسب إلى المشهور أو يكفي كونها للسنة ومنشأ الخلاف اختلاف الأخبار فمنها ما دل على الاكتفاء بالسنة وعدم اعتبار العدي كالموثق عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «الملاعنة إذا لاعنها زوجها لم تحل له أبداً والذي يتزوج امرأة في عدتها وهو يعلم لا تحل له أبداً ، والذي يطلق الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرّات لا تحل له أبداً» (١) .

و منها ما دل على انحصار الطلقات التسع المحرمة أبداً بما إذا كانت الثلاثة الأخيرة للسنة كرواية أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « وسألته عن الذي يطلق ثم يراجع ، ثم يطلق ، ثم يراجع ، ثم يطلق ؟ قال عليه السلام لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فيتزوجها رجل آخر ويطلقها على السنة ، ثم ترجع إلى زوجها الأول فيطلقها ثلاث تطليقات تنكح زوجاً غيره فيطلقها ، ثم ترجع إلى زوجها الأول فيطلقها ثلاث مرّات على السنة ، ثم تنكح فتلك التي لا تحل له أبداً (٢) ، فإن كان المراد من السنة في هذه الرواية المقابلة للبدعة تطابق مع الرواية السابقة في كفاية الأعم وإن كان المراد السنة بالمعنى الأخصّ المقابل للعدة تخالفها حيث أن مقتضاها لزوم كون الثلاثة الأخيرة للسنة .

ومنها ما دل على اعتبار كون الطلقات التسع للعدة كما في المروي عن الخصال في تعداد المحرّمات من الأزواج من قول الصادق عليه السلام على المحكمي : « و تزويج الرّجل امرأة طلقها للعدة تسع تطليقات وكما في المحكمي عن الفقه الرضوي - على الرضا السلام - من قوله عليه السلام على المحكمي : « وأما طلاق العدة فهو أن يطلق الرّجل امرأته على طهر من غير جماع ، ثم يراجعها من يومه أو من غد ومتى يريد

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢٨ .

من قبل أن تستوفى قرءها و أدنى المراجعة أن يقبلها أو ينكر الطلاق فيكون إنكار الطلاق مراجعة فإذا أراد أن يطلقها ثانية لم يجز ذلك إلا بعد الدخول بها وإذا أراد طلاقها تربص بها حتى تحيض و تطهر ثم يطلقها فإن أراد مراجعتها راجعها فإن طلقها الثالثة فقد بانت منه ساعة طلقها فلاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره فإذا انقضت عدتها منه فتزوجها ثم رجل آخر فطلقها أو مات عنها و أراد الأول أن يتزوجها فعل - إلى أن قال عليه السلام - فإن طلقها ثلاث تطليقات على ما وصفته لك واحدة بعد واحدة فقد بانت منه ولا تحل له بعد تسع تطليقات أبداً ، و اعلم أن كل من طلق تسع تطليقات على ما وصفته لم تحل له أبداً .

ثم إنه بعد معارضة الأخبار ذكر في الجمع بينها وجوه منها أن التعارض بين ما دل على كفاية تسع تطليقات بأي نحو كانت وما دل على لزوم كون الثلاثة . الأخيرة للسنة و ما دل على لزوم كون الطلقات عدية و إن كان بالاطلاق والتقييد إلا أن المقيدين حيث يكونان متعارضين يكون المطلق سليماً عما يقيد لسقوط المتعارضين عن الحجية .

و أورد عليه بأن التعارض بينهما إنما أوجب سقوطهما بالنسبة إلى ما تعارضا فيه ، و أما بالنسبة إلى نفي الثالث فلا مانع من الأخذ بهما و معه لا مجال للرّجوع إلى المطلق .

و يمكن أن يقال : لا نسلم حجية المتعارضين في نفي الثالث لأن النفي إن كان من جهة أنه مدلول التزامي و مع عدم حجية المدلول المطابق لا مانع من الأخذ بالمدلول الالتزامي لعدم التعارض فيه ، ففيه أن لازم ما ذكر أنه لو كان لا إحدى الحجيتين المتعارضتين لازم يختص بها فاللازم الأخذ به و إن كانت الحجية الملزومة ساقطة عن الحجية من جهة المعارضة ولا أظن أن يلتزم به فلاحظ بناء العقلاء ، و إن كان نفي الثالث من جهة حجية أحد المتعارضين لا بعينه فهو أيضاً مشكك مع سقوط كل من المتعارضين عن الحجية فتأمل .

و منها هل السنة فيما دل على اعتبار طلاق السنة على السنّي بالمعنى الأعم

المقابل للبدعي فينطبق على ما دل على كفاية المطلق وحينئذ لا بد من التقييد بما دل على اعتبار كون الطلقات التسع المحرمة أبداً للعدّة ، وأورد عليه بأنه كما يمكن حمل السنّة على ما ذكر كذلك يمكن حمل العدّة على الطلاق في طهر لم يواقعها فيه الذي هو ابتداء على نحو قوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » ، كي تنطبق على كفاية المطلق و يقيدان بما دل على اعتبار طلاق السنّة ، وثانياً أن حمل السنّة على السنّة بالمعنى الأعمّ المقابل للبدعة ثم تقييدها بما دل على اعتبار كون الطلقات للعدّة مستلزم لحمل المطلق على الفرد النادر فلا بد من معاملة المتباينين ، وقد يقال : إن ما دل على كفاية مطلق الطلقات التسع بضميمة القطع بأن الطلاق الذي لا تحل له معه حتى تنكح زوجاً غيره مطلق الطلقات الثلاث عدّة كانت أم غيرها تكون كالصريح في الاكتفاء في الطلاق المحرّم لها أبداً بمطلق الطلقات التسع فيبقى المعارضة بينها وبين ما دل على اعتبار طلاق العدّة . وأما ما دل على اعتبار طلاق السنّة فلا مانع من حمله السنّة في مقابل البدعة ثم تقييد المطلق بالمقيّد بعيد لما ذكر من لزوم حمل المطلق على الفرد النادر لكنّه لا مجال للرّجوع إلى المرجّحات السنيّة لعدم التنافي بتمام المدلول بل لا بد من الأخذ بالقدر المتيقّن وهو كون التسع للعدّة .

ويمكن أن يقال : بعد صدق التعارض لا مانع من الأخذ بالمرجّحات إن قلنا بلزومه و كان في البين ترجيح أو التخيير مع عدم الترجيح أو عدم لزوم الأخذ به .

﴿ السبب الخامس اللعان و يثبت به التحريم المؤبد ، و كذا لو قذف الزوّج امرأته الصّماء أو الخرساء بما يوجب اللعان . السبب السادس الكفر ولا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتابيّة إجماعاً وفي الكتابيّة قولان أظهرهما أنّه لا يجوز غبطة ويجوز متعة وبالمملك في اليهوديّة والنصرانيّة ، وفي المجوسيّة قولان أشبههما الجواز ﴾ .

لا خلاف ولا إشكال في أنّه إذا اجتمع شرائط اللعان بين رمي الرّجل امرأته بالزّنا و يدّعي المشاهدة ولا بيّنة أو ينفي ولدها الجامع لشرائط الإلحاق و تنكره ذلك فتلزمهما حينئذ الملاعنة و يأمرهما الحاكم بها فإذا تلاعنا سقط عنه حد القذف و سقط عنها حد الزّنا و انتهى عنه الولد و حرمت عليه مؤبداً .

ومن الأخبار الواردة في المقام ما رواه محمد بن الحسين بإسناده^(١)، عن الحسن بن محبوب، عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: «إنَّ عباد البصري سأل أبا عبد الله عليه السلام وأنا عنده حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال: «إنَّ رجلاً من المسلمين أتى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله أرأيت لو أنَّ رجلاً دخل منزله فرأى على امرأته رجلاً يجامعها ما كان يصنع؟ فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وآله فانصرف الرجل وكان ذلك الرجل هو الذي ابتلي بذلك من امرأته، قال: فنزل عليه الوحي من الله عز وجل بالحكم فيها. قال: فأرسل رسول الله صلى الله عليه وآله إلى ذلك الرجل فدعاه فقال له: أنت الذي رأيت مع امرأتك رجلاً؟ فقال: نعم فقال له: انطلق فأنتي بامرأتك فإنَّ الله عز وجل قد أنزل الحكم فيك وفيها، قال: فأحضرها زوجها فوقفها رسول الله صلى الله عليه وآله وقال للزوج: أشهد أربع شهادات بالله إنَّك لمن الصادقين فيما رميتها به، قال: فشهد ثمَّ قال رسول الله صلى الله عليه وآله أمسك ووعدته ثمَّ قال: اتق الله فإنَّ لعنة الله شديدة، ثمَّ قال: أشهد الخامسة أنَّ لعنة الله عليك إن كنت من الكاذبين، قال: فشهد فأمر به فنحى، ثمَّ قال رسول الله صلى الله عليه وآله للمرأة أشهدي أربع شهادات بالله إنَّ زوجك لمن الكاذبين فيما رماك به، قال: فشهدت ثمَّ قال لها: أمسكي فوعظها، ثمَّ قال لها: اتقي الله فإنَّ غضب الله شديد، ثمَّ قال لها: أشهدي الخامسة أنَّ غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين فيما رماك به، قال: فشهدت، قال: ففرق بينهما، وقال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبداً بعد ما تلاعنتما»^(١).

و رواه الشيخ بإسناده، عن الحسن بن محبوب نحوه، و رواه الكليني عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن محبوب مثله.

وكذا يوجب الحرمة الأبدية قذف الزوجة الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان لو لم تكن كذلك، وإن لم يكن لعان بينهما لانتفاء شرطه من سلامة المرأة عن الوصفين المذكورين بلا خلاف ظاهراً.

(١) الفقه في اللعان تحت رقم ٩ وفي الكافي ج ٦ ص ١٦٣ والتهذيب ج ٢ ص ٢٩٨.

ويبدل عليه صحيح أبي بصير أو موثقته قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء صماء لا تسمع ما قال ؟ فقال : إن كان لها بيّنة تشهد لها عند الإمام جلده الحدّ وفرّق بينهما ، ثمّ لا تحلّ له أبداً ، وإن لم تكن لها البيّنة فهي حرام عليه ما أقام معها ولا إنم عليها منه ، ^(١) .

و حسن الحلبي ^(٢) ، و محمد بن مسلم عنه عليه السلام « في رجل قذف امرأته وهي خرساء قال : يفرّق بينهما » ^(٢) .

و خبر محمد بن مروان عنه عليه السلام « في المرأة الخرساء كيف يلاعنها زوجها ؟ قال : يفرّق بينهما ولا تحلّ له أبداً » ^(٣) .

و ظاهر الخبرين الأخيرين الاكتفاء بالخرس وحده بل ظاهر الأوّل ايضاً بناء على رواية الشيخ له هنا بأو ، ولكن رواه في باب اللعان بدونها كالكليني ، و المعروف أنّه أضبط من الشيخ فلا إشكال في ثبوت الحكم بالنسبة إلى الخرساء .

ويشكل ثبوته بالنسبة إلى الصماء مع عدم كونها خرساء لأنّه لم يثبت لفظ «أو» في الرواية ، فلعلّ المدخلية لخصوص الخرس دون الصمم ، و ذكره في كلام السائل لا يوجب المدخلية فلا دليل على ثبوت الحكم بالنسبة إلى الصماء .

و أمّا سببية الكفر للحرمة فبيانها أنّه لا إشكال ولا خلاف في أنّ الكفاءة بمعنى التساوي في الإسلام شرط في صحة النكاح فيما كانت الزوجة مسلمة فلا يجوز للمسلمة نكاح غير المسلم ، كما لا خلاف في عدم اشتراط التساوي فيما كان الزوج اثني عشرية فيجوز له نكاح المسلمة من سائر الفرق .

و وقع الخلاف و الاشكال فيما كانت الزوجة اثني عشرية فذهب جماعة إلى عدم جواز نكاحها للغير من سائر الفرق الإسلامية واستدلّ عليه بنصوص :

(١) الفقيه في حد القذف تحت رقم ١١ . والكافي ج ٦ ص ١٦٦ . و التهذيب ج ٢ ص ٣٠٠ واللفظ له .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٤ ، و التهذيب ج ٢ ص ٣٠٠ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٧ . و التهذيب ج ٢ ص ٣٠١ .

منها ما رواه الكليني^(١) من «أن النبي ﷺ صعد المنبر ذات يوم وأمر بتزويج الأبنكار إذا أدركن فقام إليه رجل وقال : يا رسول الله فمن تزوج ؟ فقال : ﷺ الأكفاء ؟ فقال : من الأكفاء ؟ فقال : المؤمنون بعضهم أكفاء بعض ، المؤمنون بعضهم أكفاء بعض .»

ومنها ما دل على الأمر باختيار المرأة وأهلها الزوج الذي ترضى خلقه ودينه وأمانته كرواية علي بن مهزيار قال : كتب علي بن أسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته وأنها لا يجد أحداً مثله ، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام : فهمت ما ذكرت من أمر بناتك وأنت لا تجد أحداً مثلك فلا تنظر في ذلك رحمك الله ، فإن رسول الله ﷺ قال : إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فروجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ،^(٢)

ورواية سهل بن زياد ، عن الحسين بن بشار الواسطي قال : كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام أسأله عن النكاح ، فكتب إلي من خطب إليكم فرضيتم دينه وأمانته فروجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ،^(٣)

ومنها ما دل على النهي عن وضع العارفة إلا عند العارف كرواية أبان ، عن الفضيل بن يسار قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الناصب ، فقال : لا والله ما يحل قال فضيل : ثم سأله مرة أخرى ، فقلت : جعلت فداك ما تقول في نكاحهم ؟ قال عليه السلام والمرأة عارفة ؟ قلت : عارفة ، فقال : إن العارفة لا توضع إلا عند العارف ،^(٤)

ويمكن أن يقال : أما الرواية الأولى فالظاهر أن المراد من قوله ﷺ على المحكي فيها «والمؤمنون بعضهم أكفاء بعض» المسلمون لعدم الاختلاف في ذلك العصر . وأما الأخبار الأخر غير الخبر الأخير فلا يمكن حملها على عدم جواز تزويج غير الموصوف بما ذكر وإلا لزم عدم جواز تزويج الفاسق ومثل شارب الخمر .

(١) المصدر ج ٥ ص ٣٣٧ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٥ ص ٣٣٧ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٠ .

وَأَمَّا الْخَبْرُ الْأُخْرَى إِنْ كَانَ ظَاهِرُهُ عَدَمُ الْجَوَازِ لَكُنْهَ لَا مَجَالَ لِلْحَمْلِ عَلَى عَدَمِ الْجَوَازِ وَضَعًا بِمَعْنَى كَوْنِ نِكَاحِ الْغَيْرِ الْعَارِفِ بَاطِلًا ، فَهَلْ تَرَى نِكَاحَ سَكِينَةَ بِنْتِ الْحُسَيْنِ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ بَاطِلًا مَعَ أَنَّ مُصْعَبَ بْنَ زَيْبِرٍ حَالَهُ مَعْلُومَةٌ .

وَلَا إِشْكَالَ وَلَا خِلَافَ فِي عَدَمِ جَوَازِ نِكَاحِ الْكِتَابِيَّةِ وَالْمَجُوسِيَّةِ .

وَأَمَّا نِكَاحُ الْكِتَابِيَّةِ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ وَمِنْشَأُ الْاِخْتِلَافِ اخْتِلَافُ الْأَخْبَارِ فَمِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَى الْجَوَازِ مُطْلَقًا وَهُوَ مَا رَوَاهُ الْمَشَايِخُ الثَّلَاثَةُ - رِضْوَانُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِمْ - عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ وَهَبٍ وَغَيْرِهِ - فِي الصَّحِيحِ - عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ « فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ النَّصْرَانِيَّةَ وَالْيَهُودِيَّةَ ؟ قَالَ : إِذَا أَصَابَ الْمُسْلِمَةَ فَمَا يَصْنَعُ بِالْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ ؟ فَقُلْتُ لَهُ : يَكُونُ لَهُ فِيهَا الْهَوَى فَقَالَ : إِنْ فَعَلَ فَلَيْمَنْعُهَا مِنْ شَرِّ الْخَمْرِ وَأَكْلِ لَحْمِ الْخَنَزِيرِ ، وَاعْلَمْ أَنَّ عَلَيْهِ فِي دِينِهِ (فِي تَزْوِيجِهِ إِيَّاهَا «الْفَقِيه») غَضَاظَةٌ ، ^(١) .

وَمَا رَوَاهُ فِي الْكَافِي فِي الصَّحِيحِ عَنْ ابْنِ رِثَابٍ ، عَنْ أَبِي بَصِيرٍ وَهُوَ مُشْتَرِكٌ إِلَّا أَنَّ الْأَظْهَرَ عِنْدَ صَاحِبِ الْحَدَائِقِ عَدَمُهَا فِي الصَّحِيحِ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ : « سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ امْرَأَةٌ نَصْرَانِيَّةٌ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا يَهُودِيَّةٌ ؟ فَقَالَ : إِنْ أَهْلُ الْكِتَابِ مِمَّا لَيْكَ لِلإِمَامِ ، وَذَلِكَ مَوْسِعٌ مَنَاعِلِكُمْ خَاصَّةً ، فَلَا بُاسَ أَنْ يَتَزَوَّجَ ، قُلْتُ : فَإِنَّهُ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أُمَةٌ ، قَالَ : لَا يَصْلَحُ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ ثَلَاثَ إِمَاءَ فَإِنْ تَزَوَّجَ عَلَيْهِمَا حُرَّةً مُسْلِمَةً وَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ لَهُ امْرَأَةً نَصْرَانِيَّةً وَيَهُودِيَّةً ، ثُمَّ دَخَلَ بِهَا فَإِنْ لَهَا مَا أَخَذْتَ مِنَ الْمَهْرِ وَإِنْ شَاءَتْ أَنْ تَقِيمَ بَعْدَ مَعَهُ أَقَامَتْ وَإِنْ شَاءَتْ أَنْ تَذْهَبَ إِلَى أَهْلِهَا ذَهَبَتْ وَإِنْ حَاضَتْ ثَلَاثَةَ حِيضٍ أَوْ مَرَّتْ لَهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ حَلَّتْ لِلْأَزْوَاجِ ، قُلْتُ : فَإِنْ طَلَّقَ عَنْهَا الْيَهُودِيَّةَ وَالنَّصْرَانِيَّةَ قَبْلَ أَنْ تَنْقُضِيَ عِدَّةَ الْمُسْلِمَةِ لَهُ عَلَيْهَا سَبِيلٌ أَنْ يَرُدَّهَا إِلَى مَنْزِلِهِ قَالَ : نَعَمْ ، ^(٢) .

وَمَا رَوَاهُ فِي الْكَافِي وَالتَّهْذِيبِ ، عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ : « سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ نَعْمَةً عَلَى مُسْلِمَةٍ وَلَمْ يَسْتَأْمَرْهَا ، قَالَ : يَفْرَقُ بَيْنَهُمَا ، قُلْتُ :

(١) الْوَسَائِلُ أَبْوَابُ مَا يَحْرَمُ بِالْكَفْرِ وَنَحْوِهِ ب ٢ ح ١ .

(٢) الْكَافِي ج ٥ ص ٢٥٨ .

فعليه أدب؟ قال : نعم اثني عشر سوطاً ونصفاً ثمن حد الزاني وهو صاغر ، قلت : فإن رضيت امرأته الحرّة المسلمة بفعله بعد ما كان فعل؟ قال : لا يضرب ولا يفرّق بينهما ببقيان على النكاح الأوّل ، ^(١) وفي التهذيب «أمة» مكان «ذميّة» .

و منها ما يدلّ على التحريم مطلقاً منها ما رواه في الكافي والتهذيب ، عن الحسن ابن الجهم في الموثّق « قال : قال لي أبو الحسن الرضا عليه السلام : يا أبا محمد ما تقول فيمن يتزوج النصرانيّة على المسلمة ، قلت : جعلت فداك و ما قولي بين يديك قال : لتقولنّ فإنّ ذلك تعلم به قولي ، قلت : لا يجوز تزويج النصرانيّة على مسلمة ولا على غير المسلمة ، قال : ولم ؟ قلت : لقول الله عزّ وجلّ : « ولا تنكح المشركات حتّى يؤمنن » ، قال : فما تقول في هذه الآية « والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » قلت : فقوله « ولا تنكح المشركات » نسخ هذه الآية فتبسّم ، ثمّ سكت ، ^(٢) .

و عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام « قال : لا ينبغي نكاح أهل الكتاب ، قلت : جعلت فداك فأين تحريمه ؟ قال قوله « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » ، ^(٣) .
و عن زرارة في الصحيح أو الحسن قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله سبحانه : « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » ، قال : هذه منسوخة بقوله « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » ، ^(٤) .

و ما رواه الثقة الجليل عليّ بن إبراهيم في تفسيره عن أبي جعفر عليه السلام في تفسير قوله « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » ، إنّ من كانت عنده امرأة كافرة على غير ملة الإسلام وهو على ملة الإسلام فليعرض عليها الإسلام فإن قبلت فهي امرأته وإلا برئت منه فهي الله أن يمسك بعصمهم » ^(٥) .

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٤١ . و التهذيب ج ٢ ص ...

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٩٩ و الكافي ج ٥ ص ٣٥٧ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ . و التهذيب ج ٢ ص ١٩٩ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ .

(٥) التفسير ص ٦٧٥ . وفيه « فنهاه الله » .

وما رواه الرّاوندي في نوادره بإسناده ، عن موسى بن جعفر عن أبيه عليه السلام قال علي عليه السلام : لا يجوز للمسلم التزويج بالأمة اليهودية ولا النصرانية لأن الله تعالى قال : من فتيانكم المؤمنات - الحديث .

و روى العياشي في تفسيره عن مسعدة بن صدقة قال : سئل أبو جعفر عليه السلام عن قول الله « و المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » قال نسختها « و لا تمسكوا بعصم الكوافر » .

و منها ما دلّ على الجواز عند الضرورة فمنها ما رواه في الكافي ، عن يونس عنهم عليهم السلام قال : لا ينبغي للمسلم المورس أن يتزوج الأمة إلا أن لا يجد حرّة وكذلك لا ينبغي له أن يتزوج امرأة من أهل الكتاب إلا في حال الضرورة حيث لا يجد مسلمة حرّة أو أمة ، (١) .

و عن محمد بن مسلم في الصحيح - و إن اشتمل على إرسال ابن أبي عمير لعدم مراسلاته في الصحاح - عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لا ينبغي للمسلم أن يتزوج يهودية ولا نصرانية وهو يجد مسلمة حرّة أو أمة » ، (٢) .

و التقريب فيه بحمل «لا ينبغي» على التحريم كما هو ظاهر الخبر الأوّل .
و منها ما دلّ على الجواز على كراهة ومنه صحيحة معاوية بن وهب المتقدمة في صدر آيات الجواز ، و ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن عبد الله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : « وما أحبُّ للرجل أن يتزوج اليهودية ولا النصرانية مخافة أن يتهود ولده أو يتنصر » (٣) .

و ما رواه في كتاب قرب الاسناد عن أبي البختري ، عن جعفر ، عن أبيه عليه السلام « أنه كره مناكحة أهل الحرب ، إلا أن هذا مبني على أن لفظ « لا أحبُّ » ، و لفظ

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٦٠ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٣٥٨ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٣٥١ .

«كره» بمعنى المكروه المستعملين بين الناس وهو في الأخبار أعم من ذلك فإنه قد ورد في الأخبار بمعنى التحريم كثيراً .

ومنها ما دلّ على تخصيص الجواز بالبله كما رواه في الكافي عن زرارة قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام عن نكاح اليهودية والنصرانية، فقال: لا يصلح للمسلم أن ينكح يهودية ولا نصرانية إنما يحلّ منهنّ نكاح البله» ^(١) ولفظ «لا يصلح» وإن كان ظاهراً في الكراهة باعتبار اصطلاح الناس إلا أنه في الأخبار من الألفاظ المتشابهة المستعملة في التحريم أيضاً وقرينة التحريم قوله عليه السلام «إنما يحلّ» .

ومنها ما ورد في التمتع بهنّ ومن ذلك ما رواه في التهذيب عن الحسن بن عليّ ابن فضال في الموثق ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «لابأس أن يتمتع الرجل باليهودية والنصرانية وعنده حرّة» ^(٢) .

وعن زرارة قال : «سمعت يقول : لابأس أن يتزوّج اليهودية والنصرانية متعة وعنده امرأة» ^(٣) .

وعن محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام قال : «سألته عن نكاح اليهودية والنصرانية فقال : لابأس ، فقلت : المجوسية ؟ فقال : لابأس به يعني متعة» ^(٤) .

وخبر الأشعريّ «سألته عليه السلام عن الرجل يتمتع من اليهودية والنصرانية فقال : لأرى بذلك بأساً - الحديث» ^(٥) .

وخبر الحسن التفليسيّ «سألت الرضا عليه السلام أيتمتع من اليهودية والنصرانية ؟ فقال : يتمتع من الحرّة المؤمنة أحبّ إليّ وهي أعظم حرمة منها» ^(٦) .

إلى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك . هذه أخبار الباب وأكثرها دالة على الجواز ولو على كراهة ويؤيده ما رواه النعمانيّ في تفسيره عن عليّ صلوات الله عليه وصرّح به عليّ بن إبراهيم في تفسيره أيضاً في بيان ما نصفه منسوخ ونصفه باق من الآيات

(١) المصدر ج ٥ ص ٣٥٦ .

(٢) و(٣) و(٤) و(٥) و(٦) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ .

من أن قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » قد نسخ بقوله تعالى في سورة المائدة « اليوم أحل لكم الطيبات » إلى قوله - و المحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم ، وقوله « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » لم ينسخ إلى آخر كلامهما . وقد يقال في مقام الترجيح بتقدم أخبار المنع لموافقة أخبار الجواز مذهب العامة . و أما ترجيح أخبار الجواز بموافقة الكتاب فلا يتم لأن مقتضى بعض الأخبار المذكورة أن قوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » نسخ آية « والمحصنات من الذين أتوا الكتاب » الخ .

وما ورد من أن سورة المائدة غير منسوخة لم يحرز منه كون جميعها غير منسوخة ويشكل من جهة أنه كيف يقال رخص الإمام في نكاح أهل الكتاب في الأخبار الكثيرة وفاقاً للعامة تقيّة مع حرمة نكاحهن في الواقع مضافاً إلى أن ما دلّ على الجواز متعة مخالف للتقيّة ، وإلى أن صحيح أبي بصير المتقدم المجوز للتزويج والتعبير فيه بأن أهل الكتاب ممالك للإمام الخ لا يناسب التقيّة ، وإلى أن المخصوصين من أصحاب الأئمة صلوات الله عليهم كانوا يعرفون مواضع التقيّة وكانوا يعبرون بقولهم أعطانا من جراب النّورة^(١) .

ومع قطع النظر عما ذكر الأخبار المانعة لا تشمل المتعة لأنّ التزويج والنكاح عند الإطلاق منصرف إلى الدائم وما دلّ على جواز المتعة لامعارض له ولا وجه لحملها على التقيّة .

و أما جواز الوطى والاستمتاع بالملكيّة فهو خارج لا يشمل الأدلة المجوزة ولا المانعة إلا أن يقال: بناء على الأخذ بقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » وكونه ناسخاً لقوله تعالى « والمحصنات » الخ ، يستفاد منه حرمة وطى الأئمة اليهوديّة و النصرانيّة لكنّه مشكّل لأنّه خارج عن الامساك بالعصمة فلا يبعد التمسك للجواز بقوله تعالى : « إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين » و بخبر أبي بصير المتقدم حيث عبر فيه بأن أهل الكتاب ممالك للإمام عليه السلام فإنه وإن كان من باب

(١) مثل للمرب راجع مجمع البحرين مادة « نور » .

التنزيل لكنه يستفاد منه أن حكم المنزل عليه الجواز ولا ينافي هذا عدم جواز الاستمتاع بغير أهل الكتاب من الإماء . وأما نكاح المجوسية فقد يقال فيه بالحرمة إذا كان دائماً و بالجواز إذا كان متعة أو كان بملك يمين جمعاً بين صحيح ابن مسلم « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل المسلم أيتزوج المجوسية قال : لا ، ولكن إن كانت له أمة مجوسية فلا بأس أن يطأها ويعزل عنها ولا يطلب ولدها ^(١) . وما دلّ من الكتاب على عدم جواز نكاح المشركات والكوافر ، وبين خبر منصور الصيقل ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « لا بأس بالرجل أن يتمتع بالمجوسية » .

ونحوه خبر محمد بن سنان وحماد بن عيسى ، عن أبي عبد الله عليه السلام وابنه والرضا عليه السلام ^(٢) مضافاً إلى أن المفهوم من بعض الأخبار كونهم من أهل الكتاب فروى في الكافي و التهذيب عن أبي يحيى الواسطي ، عن بعض أصحابنا قال : « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المجوس كان لهم نبي قال : نعم أما بلغك كتاب رسول الله صلى الله عليه وآله إلى أهل مكة أسلموا وإلا نأخذكم بحرب فكتبوا إلى النبي صلى الله عليه وآله أن خذنا جزية ودعنا إلى عبادة الأصنام فكتب إليهم النبي صلى الله عليه وآله إني لم آخذ الجزية إلا من أهل الكتاب ، فكتبوا إليه يريدون بذلك تكذيبه زعمت أنك لا تأخذ الجزية إلا من أهل الكتاب ، ثم أخذت الجزية من مجوس هجر فكتب إليهم إن المجوس كان لهم نبي ^(٣) .

ونوقش بأن مقتضى الآية الدالة على عدم جواز نكاح المشركات والكوافر و الصحيح المذكور عدم جواز نكاح المجوسي مطلقاً والأخبار المذكورة الدالة على جواز النكاح متعة ضعيفة بحسب السند ولا جابر لها وما دلّ على أنهم كاتبون فاقد للحجية مع أن في الخبر الآخر زيد « غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم » فيراد بالنسبة إلى غير ما نحن فيه فالذي يقوى في النظر حرمة نكاحهم إلا بملك اليمين ، ويمكن أن يقال : الصحيح المذكور يشكل شموله للنكاح المنقطع حيث أنه لوحظ الأخبار كلما عبّر عن التزويج وأريد النكاح المنقطع قيد بالمتعة فعلمنا يشكل شمول الصحيح

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٦ .

(٢) راجع الوسائل أبواب المتعة ب ١٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٥٢ . و الكافي ج ٢ ص ٥٦٧ .

المذكور للمنقطع فيبقى سائر الأدلة ، ومقتضى رواية زرارة المذكورة في آخر أخبار الباب جواز النكاح متعة إن لم يكن إشكال من جهة السند وكذلك ما دلّ على كون المجوس أهل الكتاب بانضمام ما دلّ على جواز نكاح أهل الكتاب متعة .

وقد عرفت أن ما ذكر من الحمل على التقيّة في نكاح اليهوديّة والنصرانيّة لا يتأتى في المتعة . وأما الاستمتاع بالمجوسيّة بملك اليمين فقد صرّح في ذيل الصحيحة المذكورة بجوازها وإن ذكر فيه العزل وعدم طلب الولد .

❦ ولو ارتدّ أحد الزّوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال و لو كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدّة إلا أن يكون الزّوج مولوداً على الفطرة فإنّه لا يقبل عوده و تعتدّ زوجته عدّة الوفاة ، وإذا أسلم زوج الكتائيّة فهو على نكاحه سواء كان قبل الدخول أو بعده ولو أسلمت زوجته دونه انفسخ في الحال إن كان قبل الدخول و وقف على انقضاء العدّة إن كان بعده ، وقيل : إن كان بشرائط الذّمة كان نكاحه باقياً ولا يمكن من الدخول عليها ليلاً ولا من الخلوة بها نهاراً و غير الكتائيّين يقف على انقضاء العدّة بإسلام أيّهما اتفق ❦ .

أما حصول الفسخ بارتداد أحد الزّوجين عن الإسلام قبل الدخول فالظاهر عدم الخلاف فيه سواء كان الارتداد عن فطرة أو ملة و قد يعلّق بعدم جواز نكاح المسلم والمسلمة كافرة و كافراً ابتداءً واستدامةً و لو كتائباً لعدم إقرارهم عليه إذا كان ارتداداً .

ويمكن الاستدلال أيضاً بالأخبار منها حسنة أبي بكر الحضرمي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا ارتدّ الرّجل المسلم عن الإسلام بانت منه امرأته كما تبين المطلقة ثلاثاً و تعتدّ منه كما تعتدّ المطلقة فإن رجع إلى الإسلام و تاب قبل أن يتزوج فهو خاطب من الخطاب ولا عدّة عليها منه وإنما عليها العدّة فإن قتل أو مات قبل انقضاء العدّة اعتدّت منه عدّة المتوفى عنها زوجها وهي ترثه في العدّة ولا يرثها إن ماتت وهو مرتدٌّ عن الإسلام ، (١) .

و ما رواء في الكافي في الصحيح عن محمد بن مسلم ، قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرتد . فقال : من رغب عن الإسلام و كفر بما أنزل الله على محمد عليه السلام بعد إسلامه فلا توبة له وقد وجب قتله و باتت منه امرأته و يقسم ما ترك على ولده » ^(١) .

و ما رواء المشائخ الثلاثة عن عمار الساباطي في الموثق قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام و جحد محمداً عليه السلام نبوته و كذبه فإن دمه مباح لكل من سمع ذلك منه و امرأته بائنة منه يوم ارتد فلا تقربه ، و يقسم ماله على ورثته ، و تعتد امرأته عدّة المتوفى عنها زوجها ، و على الإمام أن يقتله ولا يستيبة » ^(٢) .

ويمكن أن يقال : أما ما ذكر في التعليل فيشكل إطلاقه في صورة ارتداد الزوجة عن الإسلام و رجوعها إلى التهود و التنصر فمع جواز نكاح المسلم اليهودية و النصرانية كيف تبين من زوجها لولا الاجماع أو عدم الخلاف ، و ما ذكر من عدم كون أهل الكتاب مقرّين على مذهبهم مع الارتداد يشكل من جهة أن لكل قوم نكاحاً سواء كانوا مقرّين أو لم يكونوا مقرّين بل مع عدم الجواز ابتداء حيث إن القائلين بعدم الجواز ابتداء للمسلم يقولون : لو أسلم الكتابي يكون نكاحه للكتابية باقياً ، و لو قلنا بمنع نكاحها للمسلم ابتداء .

و أما الرواية المذكورة فهي مختصة بارتداد الزوج لا الزوجة مضافاً إلى أن موردها حصول الارتداد بعد الدخول بقرينة ذكر العدّة إلا أن يقال : إنها متعرّضة لأمرين أحدهما حصول البينونة و الآخر الاعتداد في خصوص صورة الدخول لكن في هذه الصورة يقع التعارض بينها و بين ما دلّ على عدم البينونة و التوقف على انقضاء العدّة و حصول الانفساخ إذا لم يسلم إلى انقضاء العدّة فالعمدة الاجماع المدّعى في الكلمات ، و أما لو كان الارتداد بعد الدخول و كان الارتداد عن ملة وقف الانفساخ على

(١) الكافي ج ٢ ص ٢٥٦ .

(٢) الكافي ج ٢ ص ٢٥٨ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٣ .

انقضاء العدة فإن رجع الزوج المرتد إلى الإسلام في العدة يكون نكاحه باقياً، هذا هو المعروف .

وقد يستدل عليه بالأخبار الواردة في نكاح الكفار إذا أسلموا والخبر في الملى المرتد تغزل عنه امرأته ولا تؤكل ذبيحته و يستتاب ثلاثة أيام فإن تاب وإلا قتل، ^(١) فلا أخبار الواردة في نكاح الكفار إذا أسلموا .

منها : حسن ابن أبي عمير ، عن بعض أصحابه ، عن ابن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام : « إن أهل الكتاب وجميع من له ذمة إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما و ليس له أن يخرجها من دار الإسلام إلى غيرها ولا يبيت معها و لكنّها يأتيا بالنهار ، وأما المشركون من مشركي العرب و غيرهم فهم على نكاحهم إلى انقضاء العدة فإن أسلمت المرأة ثم أسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهي امرأته وإن لم يسلم إلا بعد انقضاء العدة فقد بانت منه ولا سبيل له عليه ، وكذلك جميع من لازمة له ، ^(٢) .

و روى في الكافي ، عن منصور بن حازم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مجوسي أو مشرك من غير أهل الكتاب كانت تحته امرأة فأسلم أو أسلمت ؟ قال : تنظر بذلك انقضاء عدتها فإن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضي عدتها فهما على نكاحهما الأول وإن هو لم يسلم حتى تنقضي العدة فقد بانت منه ، ^(٣) .

ولا يخفى أن دعوى القطع بعدم الفرق بين الكافر و بين المرتد الملى والكافرة و بين المرتدة سواء كانت مرتدة ملىة أو فطرية مشكلة ، والخبر المذكور الوارد في الملى المرتد مجمل ولم يعلم استناد المشهور إليه حتى يكون السند مجبوراً ، بل مقتضى حسنة أبي بكر المتقدمة و غيرها حصول الانفساخ لما فيها إن رجع إلى الإسلام و تاب قبل أن تزوج فهو خاطب من الخطاب .

و فيها أيضاً بانت منه امرأته كما تبين المطلقة ثلاثاً و أما لو كان المرتد فطرياً

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٥٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٠٠ ، والاستبصار ج ٣ ص ١٨٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٢٦ .

فالظاهر عدم الخلاف في البينونة وإن كان الارتداد بعد الدخول ، ويدل عليه صحيح محمد بن مسلم و موثق عثمان المذكورين ، و هذا الصحيح وإن لم يذكر فيه كون الارتداد عن فطرة لكنه محمول على صورة الارتداد عن فطرة بقرينة حصول البينونة و عدم قبول التوبة و إن كان عدم قبول التوبة بالنسبة إلى خصوص الأمور الثلاثة المذكورة دون سائر الأمور حيث إنه لا يمكن الالتزام بعدم كونه مكلفاً بالأمور المشروطة بالإسلام والإيمان كالصلاة والصوم والحج ومع عدم قبول الإسلام منه كيف يكون مكلفاً والكلام في هذا مذكور في الصلاة مفصلاً . و الموثق المذكور ظاهراً في الارتداد الفطري للتعبير بقوله عليه السلام على المحكي " كل مسلم بين مسلمين - الخ ، و فيه تعدد عدة المتوفى عنها زوجها .

و أما بقاء النكاح إذا أسلم زوج الكتائية فالظاهر أنه موضع وفاق ، فعلى القول بجواز نكاحها للمسلم ابتداءً فلا إشكال ومع القول بعدم الجواز ابتداءً يستدل في المقام بحسن ابن أبي عمير المذكور و ما في صحيح ابن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام " سألته عن رجل هاجر و ترك امرأته في المشركين ثم لحقت به بعد أيمسكها بالنكاح الأول أو تنقطع عصمتها منه ؟ قال : يمسكها و هي امرأته ، ^(١) .

و في خصوص ما لو أسلم المجوسي و تحته امرأة على دينه يدل خبر منصور بن حازم المذكور .

هذا ويمكن أن يقال : أما حسن ابن أبي عمير المذكور ففيه إذا أسلم أحد الزوجين ولا يلتزم ببقاء النكاح مع إسلام الزوجة قبل إسلام الزوج .

و أما صحيح ابن سنان فليس فيه إلا المهاجرة و لا ظهور فيه في إسلام الزوج المهاجر بعد كفره ولم يذكر كونه من أهل الكتاب ولو أسلمت الكتائية دون زوجها الكتائي قبل الدخول انفسخ النكاح لحرمة تزويجها بالكافر ولو استدامة ، ولصحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام " إذا أسلمت امرأة وزوجها على غير الإسلام فرق بينهما - الحديث ^(٢) ، و إن كان إسلامها بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدة على المشهور .

و قد يقال : يمكن الاستدلال له بحسن ابن أبي عمير المذكور ، ولا يخفى أنه لا يستفاد منه ما ذكر و ذيله راجع إلى غير أهل الكتاب ، نعم يمكن الاستدلال بخبر منصور بن حازم المذكور في خصوص المجوسي أو المشرک من غير أهل الكتاب ، و قد يستفاد خلاف ما ذكر مما رواه في التهذيب عن أحمد بن محمد بن أبي نصر في الصحيح قال : « سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم هل يحل لها أن تقيم معه ؟ قال : إذا أسلمت لم تحل له ، قلت : جعلت فداك فإن الزوجة أسلم بعد ذلك أ يكونان بعد نكاح الأول ؟ قال : لا بتزويج جديد » (١) .

و ما رواه الحميري في كتاب قرب الإسناد ، عن أحمد بن محمد بن عيسى ، عن البرنظي قال : « سمعت رجلاً يسأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن نصراني تسلم امرأته ثم يسلم زوجها أ يكونان على نكاح الأول ؟ قال : لا يجدان نكاحاً آخر » (٢) .

بناء على كون «لا» منفصلاً عما بعد و الاحتياج إلى النكاح الجديد ، و مقتضى الإطلاق عدم الفرق بين أن يكون إسلام الزوج قبل انقضاء العدة أو بعده ، و يحتمل أن يكون لفظ «لا» متصلاً بما بعده في الخبرين و على هذا إطلاقهما يشمل قبل انقضاء العدة و بعده فإثبات ما هو المشهور من الأخبار مشكك ، و ذهب الشيخ - قدس سره - في النهاية و كتابي الأخبار إلى اختصاص الحكم المذكور بغير الكتابي ، أما الكتابي فإنه ذهب فيه إلى بقاء النكاح و عدم انفساخه إذا كان الزوج بشرائط الذمة و لكنّه لا يمكن الدخول عليها ليلاً و لا من الخلوة بها نهاراً .

و يدل على ما ذهب إليه ما رواه عن جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام أنه قال « في اليهودي و النصراني و المجوسي إذا أسلمت امرأته و لم يسلم قال : هما على نكاحهما ولا يفرق بينهما ولا يترك أن يخرج بها من دار الإسلام إلى دار الكفر » (٣) .

(١) المصدر ج ٢ ص ٢٠٠ والاستبصار ج ٣ ص ١٨١ .

(٢) المصدر ص ١٦٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩٩ .

و حسن ابن أبي عمير المذكور سابقاً .

و ما رواه في الكافي ، عن يونس قال : « الذي تكون له المرأة الذميمة فتسلم امرأته ؟ قال : هي امرأته يكون عندها بالنهار ، ولا يكون عندها بالليل ، فإن أسلم الرجل ولم تسلم المرأة يكون الرجل عندها بالليل والنهار ، ^(١) .
و المشهور لم يعملوا بالأخبار المذكورة بل الشيخ رجع عنه في المحكي عن خلافه و مبسوطه .

و أما غير الكتابين فيقف انفساخ نكاحهما على انقضاء العدة إن كان بعد الدخول ويدل عليه خبر منصور بن حازم المذكور وإن كان قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال لعدم العدة و امتناع كون الكافر زوجاً للمسلمة ، و يدل عليه ما رواه ثقة الاسلام في الصحيح ، عن عبد الرحمن بن الحجاج ، عن أبي الحسن عليه السلام في نصراني تزوج نصرانية فأسلمت قبل أن يدخل بها ؟ قال : قد انقطعت عصمتها منه و لا مهر لها و لا عدة عليها منه ، ^(٢) وإن كانت هذه الرواية في خصوص النصراني والنصرانية .
﴿ ولو أسلم الذممي و عنده أربع فما دون لم يتخير و لو كان عنده أكثر من أربع تخير أربعاً ، و روى عمار عن أبي عبدالله عليه السلام أن إباق العبيد بمنزلة الارتداد فإن رجع و الزوجة في العدة فهو أحق بها و إن خرجت من العدة فلا سبيل لعلها ، و في الرواية ضعف ﴾ .

أما عدم التخير في صورة إسلام الذممي و إسلام الذميات أوبقائهن على دينهن فوجه واضح حيث جاز نكاحهن استدامة و مع الزيادة يتخير حيث إنه لا يجوز للمسلم الحر نكاح أزيد من أربع حرائر واستدل عليه بأن النبي صلى الله عليه وآله قال لفيلان : أمسك و فارق سائرهن حيث إنه أسلم و عنده ثمان نسوة ، و الظاهر أن الرواية من طرق العامة و الموجود في أخبارنا ما رواه في الكافي و التهذيب ، عن عتبة بن خالد ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٧ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢٣٦ .

عن أبي عبد الله عليه السلام في مجوسى أسلم وله سبع نسوة وأسلمن معه كيف يصنع؟ قال :
 بمسك أربعاً ويطلق ثلاثاً ، ^(١) إلا أن مورد هذه الرواية إسلام النسوة معه لابقاؤهن
 على دينهن ، نعم الرواية الأولى مطلقة و لفظ يطلق في الرواية و لم يظهر أن لفظ
 يطلق بالتخفيف من باب الأفعال أو بالتشديد ، والمراد تطليق الزائد إلا أن الظاهر
 أخذ الفقهاء بمضمون النبوي المذكور ، وحيث إنه ورد في مورد شخص فلا يكون له
 إطلاق فقد يقال يجب الاقتصار في الحكم على المتيقن وهو ما إذا كان الأكثر كتابيات
 ولم تكن من العناوين المحرمة عيناً أو جمعاً وحينئذ فيشكل الحكم في غير المتيقن .
 ويمكن أن يقال : لم يظهر وجه كون المتيقن خصوص الكتابيات ومن المحتمل
 كونهن وثنيات ، وعلى هذا فلا يكون في البين متيقن يؤخذ به .

و أما الخبر فلم يعلم اعتماد المشهور عليه من جهة السند وعلى فرض الاعتماد و
 الحجية يشكل الأخذ به من جهة التردد في لفظ «يطلق» لا يقال : لا بد في القبول من
 العمل على الكتابيات لعدم جواز نكاح غير الكتابية للمسلم فهذه الصورة متيقنة
 بل لا مجال لشمول النبوي لغير هذه الصورة لأنه يقال لعل غيلان المذكور أسلمن
 نساؤه والقضية الشخصية لا تطلع على خصوصياتها ، وقد يقال : يمكن استفادة التخيير
 فيما لو كن وثنيات و أسلمن في العدة مما ورد من الحكم بالتخيير فيما لو أسلم و عنده
 أكثر من أربع وثنيات منكوحات بالعقد الدائم وأسلمن معه فإن في السؤال عن حكم
 الأكثر من الأربع مع فرض إسلامهن معه دلالة على أن السائل كان بصدد السؤال
 عما إذا لم يكن هناك مانع من صحة النكاح إلا زيادة العدد فيستفاد من الحكم
 بالتخيير في الجواب كبرى كلية وهي أنه كلما لم تكن هناك مانع عن صحة النكاح
 إلا زيادة العدد فللزواج التخيير في إمساك الأربع وفراق ما زاد فيدل على التخيير في
 المسئلة أيضاً إذ بعد إسلام الوثنيات في العدة لا مانع عن صحة نكاحهن إلا زيادة
 في العدد .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩٨ ، والكافي ج ٥ ص ٢٣٦ .

و يمكن أن يقال من المعلوم أن مورد السؤال الفراغ من الصحة من الجهات الآخر إلا من جهة الزيادة في العدد لكنه لا يستفاد التخيير في غير المورد المذكور أعني فرض إسلامهن معه لاحتمال أن يكون للمعينة في الإسلام مدخلية في التخيير فصورة إسلامهن قبل انقضاء العدة في صورة الدخول خارجة ولم نعر على الرواية الواردة التي أشير إليها .

و أما لو تزوج العبد باذن مولاه فالمنقول عن الشيخ في النهاية وابن حمزة أنه مع إبقائه بمنزلة المرتد إلا أن ابن حمزة قيده بكون الزوجة أمة غير سيئة ، والمدرّك ما روى الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب في الموثق عن عمار الساباطي قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أذن لعبد في تزويج امرأة فتزوجها ، ثم إن العبد أبق فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد فقال : ليس لها على مولاه نفقة و قد بانت عصمتها منه فإن إباق العبد طلاق امرأته هو بمنزلة المرتد عن الإسلام ، قلت : فإن هو رجع إلى مواليه ترجع إليه إمراته ؟ قال : إن كان قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره فلا سبيل له عليها ، وإن كانت لم تزوج و لم تنقض العدة فهي امرأته على النكاح الأوّل ، (١) .

هكذا في رواية الشيخ للخبر ، وفي رواية الصدوق له هكذا « وإن كانت لم تزوج وهي امرأته على النكاح الأوّل » ، و لفظ و لم تنقض العدة غير مذكور في البين ، و ظاهر رواية الصدوق أنها مع انقضاء العدة تبقى على نكاحها ما لم تزوج و أما على رواية الشيخ فهو مسكوت عنه و الظاهر عدم عمل المشهور بضمون الرواية حيث تكون مخالفة للقواعد و إن عدّ عمار الساباطي من الثقات .

مسائل سبع : الأولى تساوي في الإسلام شرط في صحة العقد ، وهل يشترط التساوي في الإيمان ؟ الأظهر لا ، لكنه يستحب و يتأكد في المؤمنة ، نعم لا يصح نكاح الناصب ولا الناصبة بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام .

قد مر الكلام فيما ذكره ذيل ذكر المصنف قدس سره . الأسباب الموجبة للتحريم و

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٢ . والفقيه باب أحكام المالك تحت رقم ١٦ .

اشتراط التساوي في الإسلام .

وأما استحباب تزوج المؤمنة للرجل الاثنى عشري فيمكن استفادته من الأخبار المذكورة هناك المستدل بها لاعتبار التساوي وفيها « أن لا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » ، « وأن العارفة لا توضع إلا عند العارف » .

وأما عدم جواز نكاح الناصب فلكفره كما يستفاد من الأخبار ويشترط في النكاح التساوي في الإسلام ولهذه الجهة لا يجوز نكاح الناصبة .

ولا يشترط تمكّن الزوج من النفقة ولا يتخير الزوجة لو تجدّد العجز عن الإيفاء ، ويجوز نكاح الحرّة العبد والهاشمية غير الهاشمي ، والعربية العجمي وبالعكس ، وإذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب إجابته وإن كان أخفض نسباً وإن منعه الولي كان عاصياً .

المحكي عن جماعة من الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم إشتراط تمكّن الزوج من النفقة لقول الله تعالى « ومن لم يستطع طولاً أن ينكح المحصنات فمما ملكت أيما نكح - الخ ، وقول النبي ﷺ على المحكي لفاطمة بنت قيس لما أخبرته أن معاوية يخطبها : « إن معاوية صعلوك لا مال له » ، وقول الصادق عليه السلام على المحكي : « الكفو أن يكون عفيفاً وعنده يسار »^(١) ولما في ذلك من الإضرار بالمرأة ولا يخفى عدم استفادة الشرطية بمعنى مدخلية التمكّن في الصحة فإنّ الطول فسر في الحديث بالمهر لما عن الصادق عليه السلام « لا ينبغي أن يتزوج الحر المملوكة اليوم إنما كان ذلك حيث قال الله تعالى « ومن لم يستطع طولاً والطول المهر ومهر الحرّة اليوم مهر الأمة أو أقل »^(٢) .

وقول النبي ﷺ المذكور لا يستفاد منه الشرطية بل الظاهر أنّه في مقام النصح للمستشارة ، وقول الصادق عليه السلام المذكور محمول على الفرد الكامل كما يظهر من بعض الأخبار الآخر حيث فسر الكفو بأن يرضى دينه وخلقه .

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٢٧ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٦٠ .

وأما الاضرار فلا يوجب الشرطية للتمكّن مع أنّه كثيراً تتوجّه المرأة بعدم تمكّن الزوج .

ومع هذا الوصف ترضى بالمزاجاة كما في بيع المغبون ، و في صورة عدم العلم لا يوجب إلا الخيار و في النكاح أسباب الخيار محصورة .

هذا مضافاً إلى ما قيل من أنّه لو أخذ بعموم نفي الضرر و الضرر لزم الفقه الجديد ، و إنّما يؤخذ في الموارد التي أخذ الفقهاء به و يكفي دليلاً للصحة قوله تعالى « إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » .

ومما ذكر ظهر وجه عدم الخيار لو تجدد العجز عن الإنفاق وإن قال المصنّف - قدس سرّه - في الشرايع فيه روايتان أشهرهما أنّه ليس لها ذلك و هي ما روي ، عن أمير المؤمنين صلوات الله عليه إن امرأة استعدت إليه على زوجها للاعسار فأبى أن يجسه وقال : إن مع العسر يسراً ، خلافاً للمحكي عن أبي عليّ فسقطها على الفسخ . وقيل يفسخه الحاكم فإن لم يكن الحاكم فسخت و قوله تعالى « و إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » و الإمساك بالانفقة ليس بمعروف و للضرر والخرج .

و صحيح أبي بصير عن الصادق عليه السلام « من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرق بينهما » (١) .
و صحيح ربعي و الفضيل ، عن الصادق عليه السلام « ان أنفق عليها ما يقيم صلبها مع كسوة و إلا فرّق بينهما » (٢) .

و يمكن أن يقال : أمّا ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام فلا دلالة فيه لمقامنا لانفياً و لا إثباتاً ، و قوله تعالى « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » يستفاد منه لزوم أحد أمرين إمّا الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان فمع عدم القدرة على الإمساك بمعروف يجب التسريح و التسريح هو التطليق و الطلاق غير الفسخ . و لعل المراد من التفريق

(١) الفقيه باب حق المرأة على الزوج تحت رقم ٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

المذكور في الصحيحين هو التطلق لا الفسخ ، هذا لو أخذ بظاهرهما .

والظاهر أن المشهور لا يلتزمون بإيجاب الزوج على التطلق أو تطلق الحاكم مع عدم إنفاق الزوج سواء كان للإعسار أو مع القدرة و عدم الإنفاق .

و أما جواز نكاح المذكورين فيكفي فيه العمومات و خصوص ما جاء من تزويج جوير الدلفاء و منجج بن رياح مولى علي بن الحسين بنت أبي رافع ، و نكاح علي بن الحسين مولاته ، و نكاح رسول الله ﷺ عائشة و حفصة و نكاح العوام صفيّة و المقداد ضبيعة بنت الزبير بن عبدالمطلب و عثمان و أبي العاص و عمر و عبد الله بن عمر بن عثمان و مصعب بن زبير بنات رسول الله ﷺ و علي و الحسين عليهما السلام .

و قد قال رسول الله ﷺ على المحكي لما تزوج المقداد ابنة زبير بن عبدالمطلب « لن تتضع المناكح ، كقوله ﷺ » المسلم كفو المسلمة و المؤمن كفو المؤمنة ، و المؤمنون بعضهم أكفاء بعض ، و إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجه أن لا تفعلوه تكن فتنة في الأرض و فساد كبير .

و أما وجوب إجابة الخاطب المؤمن القادر على النفقة و إن كان أخفض نسباً و كذا عصيان الولي لو امتنع فالظاهر أن نظر القائلين بهما إلى بعض الأخبار حيث فيه الأمر بتزويج من يرضى دينه و خلقه و أمانته إذا خاطب و في ذيله « أن لا تفعلوه تكن فتنة في الأرض و فساد كبير » .

و قد يجاب بأن المخاطب ليس هو المرأة بل الرجل و حينئذ إما يراد خصوص الأولياء العرفية بقريظة ما في ذيلها من التعليل إذ لا يلزم فتنة و لا فساد في ما إذا امتنع الولي الشرعي عن تزويج الصغيرة ، وإنما يلزمان إذا امتنع الولي العرفي عن تزويج الكبيرة مع رضاها بالخاطب ، وإما يراد بهم الأعم من الأولياء العرفية و الشرعية فلا بد أن يراد من الأمر بالتزويج معنى يلائم كلتا الطائفتين و ليس هو إلا عدم جواز الامتناع عن تزويج الخاطب إياها من حيث عدم الكفاءة في الحسب و النسب و الشرف و الفضل و العظمة إذ إرادة وجوب التزويج من الأمر به لانصح بالنسبة إلى الأولياء العرفية الذين ليست عقدة النكاح بيدهم إذ مع كون النكاح معلقاً على رضاها يكون تزويجها

خارجاً عن قدرتهم مع عدم رضاها و معه كيف يصح أمرهم بتزويجها مطلقاً ، ويمكن أن يقال : ما ذكر لا يوجب صرف الأمر المقرون بما في ذيله عن الوجوب ألا ترى أن تأكد استحباب الصلاة جماعة بالنسبة إلى كل مكلف صحيح مع أن الجماعة منوطة بحضور الغير و هو خارج عن الاختيار مع أن القدرة كما تكون شرطاً في الوجوب تكون شرطاً في الاستحباب أيضاً فلا مانع من الحمل على الوجوب مع تحقق الرضا كما أنه لا داعي إلى صرف الخطاب إلى الأولياء العرفية ، بل يمكن أن يكون الخطاب إلى الولي الشرعي والتعبير بالجمع من باب تلاقي الجمع بالجمع كما في قوله تعالى « فاعسلوا وجوهكم » مع أن كل أحد ليس له إلا وجه واحد و مع ذلك كله يشكل هل الأمر على الوجوب لكونه موجباً للوحشة حيث إن أخلاق الرجال والمرأة كثيراً ما مختلفة غير متوافقة و بعد تحقق النكاح يخرج الاختيار عن المرأة فكيف يجب على الولي إجابة الخاطب مع أنه لا يبعد لزوم مراعاة المصلحة فمع عدم المصلحة كيف يكون إجابة الخاطب واجباً على الولي فمقتضى التعليل المذكور وجوب رضي الكبيرة الباكراً أيضاً و لا يلتزمون به ظاهراً ، فلعل النظر إلى الترغيب كالترغيب في أصل الأزواج و إن من تزوج أحرز نصف دينه فإن إحرار الدين لازم و لا يوجب الأزواج .

❖ ويكره أن يزوج الفاسق ويتأكد في شارب الخمر وأن تزوج المؤمنة المخالف .

و لا بأس بالمستضعف والمستضعفة و من لا يعرف بعناد ❖ .

أما كراهة تزويج الفاسق فاستدل عليها بقوله تعالى « أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً » ومفهوم قوله ^{والفاسق} « إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزواجوه » ^(١) وعلل أيضاً بأن الفاسق لفسقه حري بالاعراض والإهانة ، والتزويج إكرام ومودة ، وبأنه لا يؤمن من الإضرار بها وقهرها بالفسق ، و لا يخفى الإشكال في استفادة الكراهة مما ذكر أما قوله تعالى فقد فسر الفاسق فيه بالكافر بقرينة المقابلة مع المؤمن ، و مع قطع النظر عن هذا عدم كون الفاسق كالمؤمن لا يوجب الكراهة ، ألا ترى أن الصلاة في الدار

ليس كالصلاة في المسجد ، ومع هذا لا تكون مكروهة ، و ليس كل فسق يوجب الإعراض والإهانة وسقوط حرمة الإيمان و ليس مفهوم الخبر المذكور كراهة التزويج لغير الموصوف بالوصف المذكور .

وأما تأكد الكراهة في شارب الخمر فلقول الصادق عليه السلام على المحكمي «من زوّج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها» ^(١) .

و أما كراهة تزوج المؤمنة بغيرها المخالف فلما عرفت سابقاً .

و أما عدم البأس بالمستضعف و من لا يعرف بفساد فيدل عليه ما رواه في الكافي ^(٢)

عن زرارة في الصحيح أو الحسن قال : قلت : لأبي جعفر عليه السلام : إنني أخشى أن لا يحلّ لي أن اتزوّج من لم يكن على أمرٍ فقال : ما يمنعك من البله من النساء ، فقلت : و ما البله ؟ قال هنّ المستضعفات من اللاتي لا ينصبن و لا يعرفن ما أنتم عليه .

و مارواه في الفقيه عن حران بن أعين في الحسن أو الموثق و كان بعض أهله يريد التزويج فلم يجد امرأة يرضاها فذكر ذلك لأبي عبد الله عليه السلام فقال : أين أنت من البلهاء و التي لا يعرفون شيئاً ، قلت : إنّنا نقول : إنّ الناس على وجهين كافر و مؤمن ، فقال : فأين الذين خلطوا عملاً صالحاً و آخر سيئاً و أين المرجون لأمر الله أي عفو الله ^(٣) .

❖ الثانية إذا انتسب إلى قبيلة و بان من غيرها ففي رواية الحلبي يفسخ النكاح.

الثالثة إذا تزوّج ثمّ بان أنّها كانت زنت فليس له الفسخ ولا الرجوع على الولي بالمهر ، و في رواية لها الصادق بما استحلّ من فرجها ويرجع به على الولي ، و إن شاء تركها . الرابعة لا يجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية ويجوز في غيرها و يحرم التصريح في الحالين ❖ .

ذهب الشيخ في النهاية و ابن حمزة و سعيد إلى أن للمرأة الفسخ إذا انتسب

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٣٤٩ .

(٣) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ١٢ .

الزَّوْجَ إِلَى قَبِيلَةٍ وَ بَانَ مِنْ غَيْرِهَا لِلتَّدْلِيسِ وَ مَضَرَ الْحَلْبِيَّ الصَّحِيحُ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَيَقُولُ : أَنَا مِنْ بَنِي فَلَانٍ فَلَا يَكُونُ كَذَلِكَ قَالَ يَفْسُخُ النِّكَاحَ - أَوْ قَالَ يَرُدُّهُ ^(١) .
وَ اسْتَشْكَلَ مِنْ جِهَةِ الْأَضْمَارِ مَعَ احْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الضَّمِيرُ رَاجِعاً إِلَى الْحَلْبِيِّ .
فَلَا يَرُدُّ أَنَّ الْحَلْبِيَّ أَجَلٌ مَنْ أَنْ يَرُوي نَحْوَ ذَلِكَ عَنْ غَيْرِ الْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ .

وَ يُمْكِنُ أَنْ يَقَالَ : إِنَّ ظَاهِرَ الْمَضْمَرِ الْمَذْكُورِ إِنَّ قَوْلَ الرَّجُلِ أَنَا مِنْ بَنِي فَلَانٍ بَعْدَ التَّزْوِيجِ بِقَرِينَةِ الْفَاءِ وَلَا يَلْتَزِمُ أَحَدٌ بِاخْتِيَارِ الْفَسْخِ لِلْمَرْأَةِ فَمَعَ حَصْرِ مُوجِبَاتِ الْفَسْخِ فِي غَيْرِهِ فِي صَحِيحِ الْحَلْبِيِّ كَيْفَ يَتَّخَذُ بِمَضْمُونِ الْمَضْمَرِ .

وَأَمَّا التَّدْلِيسُ فَإِنْ قُلْنَا فِي مِثْلِ الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ كَوْنُهُ مُوجِباً لِلْخِيَارِ فَلَا دَلِيلَ فِي النِّكَاحِ مَعَ حَصْرِ الْمَوْجِبَاتِ لِلْخِيَارِ بِحَسَبِ صَحِيحِ الْمَذْكُورِ عَلَى كَوْنِهِ مُوجِباً لِلْخِيَارِ ، وَ قَدْ يَقَالُ :
إِنَّ الْمَسْئَلَةَ لَا تَخْلُو عَنْ صُورَةٍ لَأَنَّ انْتِسَابَ الزَّوْجِ إِلَى قَبِيلَةٍ خَاصَّةٌ قَدْ يَكُونُ دَاعِياً إِلَى إِقْدَامِ الزَّوْجَةِ عَلَى تَزْوِيجِهِ بِحَيْثُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْ تِلْكَ الْقَبِيلَةِ لَمَا أَقْدَمَتْ عَلَى تَزْوِيجِهِ أَصْلاً ، وَ قَدْ لَا يَكُونُ كَذَلِكَ ، بَلْ تَكُونُ مُقَدِّمَةً عَلَى تَزْوِيجِهِ عَلَى نَحْوِ تَعَدُّدِ الْمَطْلُوبِ وَ عَلَى كَلَالَةِ التَّقْدِيرِينَ إِمَّا أَنْ تَكُونَ هَذِهِ الْجِهَةُ مَأْخُوضَةً فِي الْعَقْدِ عَلَى نَحْوِ التَّوْصِيفِ أَوْ الْأَشْرَاطِ أَوَّلًا ، وَ عَلَى جَمِيعِ التَّقَادِيرِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْعَاقِدُ نَفْسَ الزَّوْجَةِ أَوْ وَكِيلَهَا أَوْ وَلِيَّهَا لَا إِشْكَالَ فِي أَنَّ مُقْتَضَى الْقَاعِدَةِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْوَصْفُ الْكَذَائِي دَاعِياً إِلَى وَحْدَةِ الْمَطْلُوبِ فَبَانَ خِلَافُهُ بَطْلَانِ الْعَقْدِ فِي مَا كَانَ الْعَاقِدُ نَفْسَهَا أَوْ وَلِيَّهَا ، وَ كَوْنُهُ فَضُولِيّاً فِي مَا كَانَ الْعَاقِدُ وَكِيلَهَا ضَرْبُ انْتِفَاءِ الرِّضَا بِانْتِفَاءِ مَا قَبْدَبَهُ ، فَيَكُونُ الْعَقْدُ خَالِياً عَنِ الرِّضَا فَيَفْسُدُ أَوْ يَكُونُ مَوْقُوفاً عَلَى الْإِجَازَةِ وَ مُقْتَضَى الْقَاعِدَةِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْوَصْفُ دَاعِياً عَلَى نَحْوِ تَعَدُّدِ الْمَطْلُوبِ وَ ذِكْرِي الْعَقْدِ عَلَى نَحْوِ التَّوْصِيفِ أَوْ الْأَشْرَاطِ فَبَانَ خِلَافُهُ هُوَ صِحَّةُ الْعَقْدِ وَ ثُبُوتُ خِيَارِ تَخَلُّفِ الْوَصْفِ أَوْ الشَّرْطِ فِيمَا كَانَ الْعَاقِدُ نَفْسَهَا ، وَ كَوْنُهُ فَضُولِيّاً مَوْقُوفاً عَلَى الْإِجَازَةِ فِيمَا كَانَ الْعَاقِدُ وَكِيلَهَا لِأَنَّ مَتَعَلِّقَ الْوَكَالَةِ الْعَقْدَ الْوَاقِعَ عَلَى وَاجِدِ الْوَصْفِ لَا الْفَاقِدَ .

وَ يُمْكِنُ أَنْ يَقَالَ : مَا ذَكَرَ أَوْلاً يَوْجِبُ بَطْلَانِ جُلِّ الْمَعَامَلَاتِ الْوَاقِعَةِ بِدَوَاعِ

مختلفة فالعقد الواقع على الصحيح يقع بداعي الصحة بحيث لو علم المشتري العيب لا يقدم على الاشتراء وفي النكاح كثيراً يقدم الزوج على التزويج بداعي الخصوصيات التي يعتقد في المرأة بحيث لو كانت فاقدمتاً أقدم الزوج على التزويج ، والقائلون بثبوت الخيار لا يكتفون بصرف الداعي بل بناؤهم على لزوم الأخذ في العقد وصفاً أو شرطاً ولا معنى للخيار مع بطلان العقد رأساً ، والظاهر أن وجه الصحة تحقق القصد والرضا بما وقع ، ألا ترى أن الذاهب إلى منزل صديقه بداعي ملاقاته يتحقق منه القصد إلى الذهاب مع أنه لا يلاقيه و كان الذهاب بداعي الملاقاة بنحو وحدة المطلوب ، وهذا لا يلائم مع المضر المذكور أيضاً لأن المضر ذكر فيه الفسخ أو الرد مع التخلف من دون الاستفصال من جهة وحدة المطلوب أو تعدده ، وما ذكر من ثبوت الخيار في صورة تعدد المطلوب وذكر القيد وصفاً أو شرطاً في العقد يشكل مع حصر الفسخ في أمور مخصوصة وما يقال من أنه يكون الحصر إضافياً وبالنسبة إلى العيوب لا نسلم للاطلاق ولذا لا يجوزون شرط الخيار في العقد .

وما ذكر من أنه إذا كان العاقد وكيلاً يكون العقد فضولياً يشكل من جهة أنه إذا كان بنحو تعدد المطلوب فكما أنه لو كان العاقدة نفسها كان برضا منها كذلك توكيلها بالنسبة إلى النكاح .

وأما عدم خيار الفسخ لو تزوج و بان أن المرأة زنت فهو المشهور و يدل عليه ما دل على حصر موجبات الخيار في غيره ففي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام : إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل ^(١) .

وفي خبر رفاة عنه عليه السلام : سأله عن المحدود والمحدودة هل يرد من النكاح؟ قال : لا ^(٢) ، خلافاً للمحكي عن الصدوق وأبي علي فخيراه للعار ولقول أمير المؤمنين صلوات الله عليه على المحكي : في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها قال : يفرق بينهما

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٤٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٠٦ .

ولا صداق لها لأنَّ الحدث كان من قبلها^(١) .

وَأُجِيبُ بضعف الرَّوَايةِ وظهوره في الانفساخ وظهوره في كون الزَّنا بعد العقد وقبول الحمل على الطلاق .

و يمكن أن يقال : أمَّا ضعف السند فإن كان اعتماد الصدوق وأبي عليٍّ - قدس سرُّهما - عليه فيشكل ، وأمَّا الظهور في الانفساخ فهو قابل للمنع لأنَّ التعبير بالتفريق نظير التعبير بالرَّدِّ في خبر الحلبيِّ المذكور ولا ظهور في كون الزَّنا بعد العقد والحمل على الطلاق ينافي مع عدم الصداق لأنَّ الطلاق قبل الدُّخول يوجب استحقاق نصف المهر إلا أن يخصَّص عموم الدَّليل بهذا الخبر ، ثمَّ إنَّه على المشهور مع الطلاق والإمساك تستحقُّ المرأة المهر نصفه أو تمامه ومقتضى القاعدة عدم الرجوع على الوليِّ إذا أخذت المرأة المهر من الزَّوج لكن مقتضى بعض النصوص استحقاق الزَّوج إن طلقها للرجوع على الوليِّ بالمهر إن كان عالماً بأمرها ففي صحيح معاوية بن وهب « سئل الصادق عليه السلام عن ذلك فقال : إن شاء زوجها أخذ الصداق ممَّن زوَّجها ولها الصداق بما استحلَّ من فرجها ، وإن شاء تركها^(٢) » .

وفي حسن الحلبيِّ « سأله عن امرأة تلد من الزَّنا ولا يعلم بذلك أحدٌ إلا وليَّها أ يصلح لها أن يزوَّجها ويسكت عن ذلك إذا كان قد رأى منها توبة أو معروفاً ؟ فقال : إن لم يذكر ذلك لزوجها ثمَّ علم بعد ذلك فشاء أن يأخذ صداقها من وليَّها بما دلَّس عليه كان له ذلك على وليَّها وكان الصداق الذي أخذت لها لا سبيل عليها فيه بما استحلَّ من فرجها وإن شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس^(٣) » .

وقد يقال : إنَّ دلالة الخبر الثاني على استحقاق الزَّوج للرجوع بالمهر مع الطلاق بقرينة مقابلته لقوله عليه السلام « وإن شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس » واضحة فإنَّه يدلُّ على أنَّ الزَّوج مخير بين أجد الأمرين من الطلاق والرجوع على الوليِّ بالمهر

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٩ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ .

والإمساك من دون رجوع فتدبر ، والخبر الأول يحتمل أن يكون المراد من قوله **عَلَيْهَا** فيه وإن شاء تركها ، هو تركها على حالها وعدم التعرض لها كي يكون بمعنى الإمساك فينطبق على الثاني ، ويحتمل أن يكون المراد منه فراقها بالطلاق فلا ينطبق على الثاني فإن رجحنا الإحتمال الأول بقرينة أن الاحتمال الثاني مستلزم لاستدامة استحلال الانتفاع ببضعها من غير عوض وهو خلاف المعلوم نصاً وفتوى في غير المقام فهو وإلا كان الخبر مجملاً فيسقط عن صحة الاستدلال به .

ويمكن أن يقال : لم يظهر دلالة الخبر الثاني على جواز الإمساك بدون الرجوع إلى الولي بل مقتضى تعليل الرجوع بالتدليس إن له الرجوع مطلقاً .

وما ذكر في الخبر الأول من أنه يحتمل الاحتمالين وعلى أحدهما يلزم استدامة الانتفاع بالبضع من غير عوض فيه نظراً لما كان أن يقال : لم يكن البضع بلا عوض لأن المرأة تأخذ العوض إن كان المهر عوضاً غاية الأمر الزوج يرجع إلى الولي من جهة تدليسه وإن كان مثل هذا يعد من الانتفاع بالبضع بلا عوض فليكن الرجوع بعد الطلاق أيضاً كذلك حيث إن الزوج انتفع وأخذ عوض المهر من الولي غاية الأمر الفرق بين استدامة الانتفاع وبين عدمها ومجرد هذا لا يوجب الفرق حيث إن النص والفتوى على استحقاق الزوجة مع استحلال فرجها المهر ولا نظر إلى صورة الاستدامة وعدمها .

و أما حرمة التعريض في الخطبة لذات العدة الرجعية وجوازه لغيرها وحرمة التسريح مطلقاً فاستدل عليها مضافاً إلى الاجماع المحكية بقوله تعالى « ولا جناح عليكم في ما عرّضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن » ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ^(١) ، والمعروف أن التعريض خلاف التصريح وهو غير الكناية ولعله الإيماء إلى المقصود بما لا يوضع له حقيقة ولا مجازاً ، فالتخصيص بالذكر يستفاد منه

حرمة التصريح والآية وإن كانت مختصة بذات العدة إلا أنه لما كان حرمة التصريح لذات العدة لاحترام الزوج فتدل على حرمة التعريض بالخطبة لذات البعل فضلاً عن التصريح بالأولوية ومفهوم الموافقة فإذا كان خطبة ذات البعل تصريحاً وتعريضاً محرمة تكون خطبة ذات العدة الرّجعية أيضاً كذلك لأنها بحكم الزوجية ولا يخفى الاشكال فيما ذكر فإننا لا نعلم حكم الاحكام ، ويمكن منع استفادة التحريم من تخصيص الجواز بالتعريض لا يمكن أن يكون من جهة الحياء فإنه كثيراً في الخطبة في غير ذات العدة لا يصرّح وربما يكون بعض التعبيرات من سوء الأدب فالعمدة في إثبات الأحكام المذكورة الاجماع المحكيّة .

﴿الخامسة إذا خطب فأجابت كره لغيره خطبتها ولا تحرم . السادسة نكاح الشغار باطل وهو أن تزوّج امرأتان برجلين على أن مهر كل واحدة نكاح الأخرى . السابعة يكره العقد على القابلة المربية وبناتها وأن يزوّج ابنه بنت زوجته إذا ولدتها بعد مفارقتها لها ولا بأس بمن ولدتها قبل ذلك وأن يتزوج بمن كانت ضرة لأمه مع غير أبيه و يكره الزّانية قبل أن تتوب ﴾ .

إذا خطب الرّجل فأجابت المرأة فالمحكي عن الشيخ - قدس سره - أنه يحرم على غيره خطبتها لقوله عليه السلام " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ، و لحرمة الدخول في سوم المؤمن والخاطب مستام بقريته قوله عليه السلام "إنه مستام يأخذ بأعلى الثمن ، و لوجوب الإجابة عليها . و أوجب بمنع صحة الخبر الناهي عن الخطبة على خطبة الأخ ومنع كون الخاطب مستاماً وقوله عليه السلام "إنه مستام ، مبني على التشبيه والمجاز ومنع وجوب الإجابة عليها ومنع كونه مانعاً عن إجابة الآخر فأصالة الحل والعمومات سالمة عن الحاكم والمختص ، ثم على تقدير الحرمة لو عصى وخطب لا يحرم عليه نكاحها و كان العقد صحيحاً للأصل والعمومات وعدم اقتضاء الإثم في الخطبة فساد العقد بعد عدم تعلق نهي به .

ويمكن أن يقال أمّا منع صحة الخبر فإن كان نظر فيه إلى عدم الصحة بالمعنى

المصطلح في لسان الفقهاء فلا إشكال فيه لكن إذا كان الخبر معمولاً به عند مثل الشيخ وعمل الفقهاء به غاية الأمر حملوه على الكراهة فهو حجة إلا أن يكون أخذهم من باب التسامح كالتسامح في أدلة المستحبات ، وعلى تقدير الحجية يمكن أن يكون النهي وضعياً نظير النهي عن إدخال بنت الأخ على العمّة أو بنت الأخت على الخالة حيث إنّه وإن كان النهي بملاحظة حال الخاطب الأوّل ومن جهة انكسار قلبه غالباً لكنّه لا يبعد استفادة الحرمة الوضعيّة الموجبة للفساد منه فتأمل .

و أمّا بطلان نكاح الشغار فهو المصرّح به في كلام الأصحاب - والشغار بكسر الشين المعجمة وفتحها نكاح كان معمولاً في الجاهليّة وهو أن يجعل بضع امرأة مهر الأخرى وقد يفصل بأن يجعل تزويج الأخرى مهراً ، ويدلّ على البطلان من الأخبار ما رواه في الكافي عن غياث بن إبراهيم قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : قال رسول الله ﷺ : لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام » . والشغار أن يزوّج الرجل المرأة ابنته أو أخته و يزوّج هو ابنة المتزوّج أو أخته ولا يكون بينهما مهر غير تزويج هذا من هذا وهذا من هذا ، ^(١) واستظهر أن هذا التفسير في الخبر من الإمام .

وما رواه في الكافي عن ابن بكير في الموثق ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي جعفر أو أبي عبد الله عليه السلام قال : « نهى عن نكاح المرأتين ليس لواحدة منهنّ صداق إلا بضع صاحبتهما ، وقال : لا يحلّ أن ينكح واحدة منهما إلا بصداق أو نكاح المسلمين » ، ^(٢) . ثم إنّه ظاهر الكلمات بطلان أصل النكاح و يظهر من كلام بعض الفقهاء صحته في صورة حيث قال والضابط أن كلّ نكاح جعل البضع فيه مهراً أو جزئه أو شرطه فهو باطل وإن جعل النكاح مهراً أو جزئه أو شرطه في نكاح بطل المسمى دون النكاح . وقد علل بطلان النكاح في الأوّل بلزوم التشريك في البضع بين كونه للزّوج و كونه مهراً مع أن البضع لا يصلح أن يكون مهراً .

ويمكن أن يقال : مقتضى القاعدة صحة النكاح سواء كان المهر البضع أو

التزويج لأنَّ المهر ليس ركناً في النكاح وما ذكر من لزوم التشريك في البضع محل إشكال لأنَّ التشريك في صورة الملكية العرضية لا الطولية كما لو باع و شرط على المشتري ملكية عين لعمر و بنحو شرط النتيجة فمقتضى الشرط ملكية عمر و للعين والبايع مالك للشرط على المشتري بحيث لو كان المشروط عملاً للغير و أدخل المشتري يتحقق للبايع خيار تخلف الشرط ، لكن ظاهر الأخبار بطلان النكاح ولا داعي إلى صرف ما ذكر فيه تفسير الشغار بجعل البضع مهراً إلى جعل التزويج مهراً بعد ذكر التفسيرين في الأخبار .

و أما كراهة العقد على القابلة المربية فللنهي عنه في خبر إبراهيم بن عبد الحميد « سألت أبا الحسن عليه السلام عن القابلة تقبل الرجل أن يتزوجها ؟ فقال : إن كان قد قبلته المرأة والمرأتين فلا بأس وإن كانت قد قبلته و ربته وكفلته فإني أنهي نفسي عنها و ولدي ، وفي خبر آخر « و صديقي » ^(١) .

و خبر عمرو بن شمر عن أبي عبد الله عليه السلام « قلت له : الرجل يتزوج قابله قال : لا ، ولا ابنتها » ^(٢) .

و خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً « لا يتزوج المرأة التي قبلت ولا ابنتها » ^(٣) . و غيرها من الأخبار المحمولة على الكراهة لصحيح البرنطي « قلت للرضا عليه السلام يتزوج الرجل المرأة التي قبلته ؟ فقال : سبحان الله ما حرّم الله عليه من ذلك » ^(٤) . وإن أمكن التخصيص بصورة الكفالة بملاحظة خبر إبراهيم المذكور لكن الظاهر منه الكراهة بقرينة قوله عليه السلام « أنهي نفسي عنها و ولدي » فإن المحرّم لا اختصاص فيه .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٤١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٢٧ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٤١ والاستبصار ج ٣ ص ١٧٦ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٠ والاستبصار ج ٣ ص ١٧٦ .

وَأَمَّا كَرَاهَةُ تَزْوِيجِ ابْنِهِ بِنْتِ زَوْجَتِهِ إِذَا وَلَدَتْهَا بَعْدَ الْمَفَارِقَةِ فَلَخْبَرُ إِسْمَاعِيلَ بْنِ هَمَّامٍ قَالَ : « قَالَ أَبُو الْحَسَنِ عليه السلام قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ عليه السلام فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ وَيَزَوِّجُ ابْنَتَهَا ابْنَهُ فَيَفَارِقُهَا وَيَتَزَوَّجُهَا آخِرَ فِتْلَةٍ مِنْهُ بِنْتًا فَكَرِهَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا أَحَدٌ مِنْ وَلَدِهِ لِأَنَّهَا كَانَتْ امْرَأَتَهُ فَطَلَّقَهَا فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ وَكَانَ قَبْلَ ذَلِكَ أَبًا لَهَا » ^(١) .

وَخَبَرُ الْهَلَالِيِّ « سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ وَيَزَوِّجُ ابْنَهُ ابْنَتَهَا ؟ قَالَ : إِنْ كَانَتْ الْإِبْنَةُ لَهَا قَبْلُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِهَا فَلَا بَأْسَ » ^(٢) .

وَخَبَرُ آخَرٍ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ وَلَهَا ابْنَةٌ مِنْ غَيْرِهِ أَيْزَوِّجُ ابْنَهُ ابْنَتَهَا ؟ قَالَ : إِنْ كَانَتْ مِنْ زَوْجٍ قَبْلُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِهَا فَلَا بَأْسَ ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ زَوْجٍ بَعْدَ مَا تَزَوَّجَ بِهَا فَلَا ، ^(٣) .

وَهَذِهِ الرَّوَايَاتُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْكَرَاهَةِ لِصَحِيحِ عِيصِ بْنِ الْقَاسِمِ ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام « سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَطْلُقُ امْرَأَتَهُ ثُمَّ خَلَفَ عَلَيْهَا رَجُلٌ بَعْدَ فَوَلَدَتْ لِلْآخِرِ فَهَلْ يَحِلُّ وَلَدُهَا مِنَ الْآخِرِ لَوْلَا الْأَوَّلُ مِنْ غَيْرِهَا ؟ قَالَ : نَعَمْ قَالَ وَسَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اعْتَقَ سَرِيَّةً لَهُ ثُمَّ خَلَفَ عَلَيْهَا رَجُلٌ بَعْدَهُ ثُمَّ وَلَدَتْ لِلْآخِرِ هَلْ يَحِلُّ وَلَدُهَا لَوْلَا الَّذِي اعْتَقَهَا ؟ قَالَ : نَعَمْ » ^(٤) .

وَقَدْ يُقَالُ بِاخْتِصَاصِ الْكَرَاهَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى بِنْتِ الزَّوْجَةِ وَلَا دَلِيلَ عَلَى الْكَرَاهَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى بِنْتِ الْأُمِّ الْمُوْطُوءَةِ الْمَمْلُوكَةِ لَكِنْ يُدْفَعُ هَذَا مِنْ جِهَةٍ مَا فِي خَبَرِ إِبْرَاهِيمَ مِنَ التَّعْلِيلِ بِأَنَّهُ صَارَ بِمَنْزِلَةِ الْعَبْدِ وَظَهَرَ مِمَّا ذَكَرَ عَدَمَ الْبَأْسِ بِمَنْ وَلَدَتْهَا قَبْلَ ذَلِكَ .

وَأَمَّا كَرَاهَةُ التَّزْوِيجِ بِمَنْ كَانَتْ ضَرْقَةٌ لِأُمِّهِ مَعَ غَيْرِ أَبِيهِ فَلَخْبَرُ زُرَّارَةَ « سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام يَقُولُ : مَا أَحَبُّ لِلرَّجُلِ الْمُسْلِمِ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً كَانَتْ ضَرْقَةً لِأُمِّهِ مَعَ

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٠ .

(٣) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٧٦ . ولعله منجذم ما قبلها .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٩٩ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

غير أبيه ، (٢) .

و أمّا كراهة التزوّج بالزّانية قبل أن تتوب فقد مضى الكلام فيها .

﴿ القسم الثاني في النكاح المنقطع والنظر في أركانه و أحكامه : و أركانه أربعة الأوّل الصيغة و هو ينعقد بأحد الألفاظ الثلاثة خاصّةً و قال « علم الهدى » : ينعقد في الإماء بلفظ الإباحة والتحليل . الثاني الزوّجة و يشترط كونها مسلمة أو كتابيّة . ولا يصحّ بالمشركة والناصبة ﴾ .

قد ادّعى الاجماع على اعتبار الصيغة والايجاب والقبول و عدم التحقق بالمراضاة و يظهر من بعض الاكتفاء بحصول الرضا من الطرفين لخبر نوح بن شعيب عن عليّ ، عن عمّه ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى عمر فقالت : إنّي زنيّت فطهرني فأمر بها أن ترجم فأخبر بذلك أمير المؤمنين عليه السلام فقال : كيف زنيّت قال : مررت في البادية فأصابني عطش شديد فاستقيت أعراياً فأبى أن يسقيني إلا أن أُمكّنه من نفسي فقال أمير المؤمنين عليه السلام : تزويج و ربّ الكعبة (١) » .

وقد رويت هذه القصة بنحو آخر فروى الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب عن محمد بن عمرو بن سعيد عن بعض أصحابنا قال : أتت امرأة إلى عمر فقالت يا أمير المؤمنين إنّي فجرت فأقم فيّ حدّ الله فأمر برجمها و كان عليّ عليه السلام حاضراً قال : فقال له سلها كيف فجرت قالت : كنت في فلاة من الأرض أصابني عطش شديد فرفعت لي خيمة فأنيتها فأصبت فيها رجلاً أعراياً فسئلته الماء فأبى أن يسقيني إلا أن أُمكّنه من نفسي فوليت منه حاربةً وأشدّ بي العطش حتّى غارت عيناى وذهب لساني ، فلمّا بلغ منّي أتيتّه فسقاني و وقع عليّ فقال له عليّ صلوات الله عليه هذه التي قال الله « فمن اضطرّ غير باغ ولا عاد و هذه غير باغية ولا عادية إليه فخلّى سبيلها فقال عمر « لولا عليّ لهلك عمر » (٢) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٥ والكافي ج ٥ ص ٢٦٧ .

(٢) راجع وسائل الشيعة كتاب الحدود أبواب حد الزنا ، ب ١٨ ج ٦ .

ولا يخفى أن الاختلاف بين الخبرين ليس بحدّ يقال فيه خبر واحد اضطرب
مقنه بل كأنهما مقباينان و احتمال تعدّد القضية بعيدٌ و مع هذا الوصف كيف يمكن
الأخذ بخبر نوح في الاكتفاء بالمرضاة فبعد البناء على لزوم الصيغة والإيجاب والقبول
فالمعروف لزوم أحداً لفظاً الثلاثة وهي زوجتك وأنكحتك ومتعتك في طرف الإيجاب
فيقبل الزوج ، و جوز أبو الصلاح و ابن البرّاج في الإيجاب أن يقع من الرجل بقوله
متعيني نفسك كذا فنقول المرأة قبلت أو رضيت ، و نقل عن المرتضى - قدس سره -
أنه جعل تحليل الأمة عقد متعة و قد يقال : إن النكاح المنقطع ليس كالدائم في كونه
من الموضوعات العرفية ولذا كثر السؤال عن كفيته عن الأئمة عليهم السلام ولم يسئل عن
كفيته الدائم فلا إطلاق لأدلته كي يرجع إليه عند الشك في اعتبار شيء شرطاً أو شرطاً
إلا أنه يظهر من بعض النصوص الواردة في كفيته عدم اعتبار تقدم الإيجاب على القبول
في عقده و عدم اشتراط الماضوية فيهما كرواية أبان بن تغلب قال : دقلت لأبي عبد الله
عليه السلام : كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال عليه السلام تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله
و سنة نبيه لا وارثة ولا موروثة كذا و كذا يوماً و إن شئت كذا و كذا سنة بكذا
وكذا درهماً و تسمى من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً ، فإذا قالت : نعم
فقد رضيت و هي امرأتك و أنت أولى الناس بها ، ^(١) .

ورواية النعمان الأحول قال : د سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت : أدنى ما يتزوج
به الرجل المتعة ؟ قال عليه السلام : كف [كفين خ ل] من برّ يقول لها زوجيني نفسك
متعة على كتاب الله و سنة نبيه نكاحاً غير سفاح على أن لا أرثك ولا ترثيني ولا أطلب
وليك إلى أجل مسمى فإن بدالي زدتك و زدتنى ^(٢) .

و يمكن أن يقال ما ذكر من عدم الإطلاق وأنه ليس من الموضوعات العرفية فيه
نظر فإنه بعد ما كان معروفاً في عصر النبي صلى الله عليه وآله و كان النكاح المنقطع مستمراً إلى

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٨٩ .

زمان عمر ، فالأخبار الواردة ناظرة إلى ذلك ولا فرق بينه وبين الدائم من حيث الحقيقة إلا من جهة التوقيت حتى أنه ورد في بعض الأخبار أنه لو أخل بالمدّة يصير دائماً غاية الأمر لزوم ذكر الأجل والمهر المسمى بخلاف الدائم وعلى هذا فالأخبار الواردة بعد ذلك لا مانع من الأخذ باطلاقها وإن كان النظر فيها إلى الثواب المترتب منها ما عن بكر بن محمد ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن المتعة فقال : إنني لا أكره للرجل المسلم أن يخرج من الدنيا وقد بقيت عليه خلة من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله لم يقضها ^(١) » ، فقلت : فهل تمتع رسول الله صلى الله عليه وآله ؟ فقال : نعم ، وقرأ هذه الآية « وإن أسرّ النبي إلى بعض أزواجه حديثاً - إلى قوله - وأبكاراً » ^(٢) .

و نقل شيخنا المجلسي - قدّس سرّه - في كتاب البحار عن رسالة الشيخ المفيد - قدّس سرّه - في المتعة أخباراً عديدة في استحبابها منها ما رواه بسنده في الرسالة إلى هشام بن سالم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « يستحب للرجل أن يتزوّج المتعة وما أحب للرجل منكم أن يخرج من الدنيا حتى يتزوّج المتعة ولو مرة ^(٣) » .
و عن بكر بن محمد عن الصادق عليه السلام حيث سئل عن المتعة فقال : أكره للرجل أن يخرج من الدنيا وقد بقيت عليه خلة من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله لم تقض .
وعن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه قال : قال لي : تمتعت؟ قلت : لا ، قال : لا تخرج من الدنيا حتى تحيي السنة » ^(٤) .

و عن صالح بن عقبة ^(٥) عن أبيه ، عن الباقر عليه السلام قال : قلت : للمتمتع ثواب ؟ فقال : إن كان يريد بذلك وجه الله تعالى و خلافاً على ما أنكرها لم يكلمها كلمة إلا كتب الله له بها حسنة ولم يمدّ يده إليها إلا كتب الله له حسنة فإذا دنا منها غفر الله له بذلك ذنباً فإذا اغتسل غفر الله له بقدر ما مرّ من الماء على شعره ، قلت : بعدد الشعر ؟

(٢٠١) الفقيه في المتعة تحت رقم ٢٠ و ٣٢ . و قرب الاسناد ص ٢١ .

(٣) الوسائل أبواب المتعة ب ٢ تحت رقم ١٠ .

(٤) الوسائل الباب تحت رقم ١١ .

(٥) الفقيه في المتعة تحت رقم ١٨ .

قال : نعم بعدد الشعر .

هذا والأخبار الواردة في كتب أهل السنة أيضاً كثيرة منها ما رواه الحميدي في الجمع بين الصحيحين في مسند عبدالله بن عباس قال : قال أبو نضرة كان ابن عباس يأمر بالمتعة و كان ابن زبير ينهى عنها ، قال : فذكرت ذلك لجابر بن عبد الله فقال : على يدي دار الحديث تمتعنا مع رسول الله ﷺ فلما قام عمر قال : إن الله كان يحل لنبيه ما يشاء بما يشاء وإن القرآن قد نزل منازل فأنتموا الحج كما أمركم وبتوا نكاح هذه النساء فلن أوتى برجل نكح امرأة إلى أجل إلا رجته بالحجارة .

و روى الترمذي في صحيحه عن ابن عمر وقد سأله رجل من أهل الشام عن متعة النساء فقال : حلال ، فقال : إن أباك قد نهى عنها ؟ فقال ابن عمر : أرايت إن كان أبي قد نهى عنها وصنعها رسول الله ﷺ يترك السنة ويتبع أبي ، (١) .

و روى حافظ أبو نعيم في كتاب الحلية ، وأحمد بن حنبل في المسند عن عمران بن حصين في متعة النساء واللفظ له قال : قد أنزلت المتعة في كتاب الله و عملناها و فعلنا مع النبي ﷺ ولم ينزل قرآن بحرمتها ولم ينهه عنها حتى مات ، (٢) .

والأخبار المذكورة في كيفية المتعة ليست ناظرة إلى مدخلية الخصوصيات المذكورة في صحتها والشاهد اختلافها في تلك الخصوصيات وعلى هذا فلا مانع من الأخذ باطلاق الاخبار في ما شك في مدخليته ، ثم إنه على ما ذكر من اطلاق الاخبار لو شك في لزوم تعدد الموجب والقابل في المقام أمكن التمسك بالاطلاق وكفاية المغايرة الاعتبارية وقد يتمسك لرفع هذا الشك بإطلاق ولاية الجد للأب على الصبي والصبية من بنيه إذ لا شك في أن له الولاية على تزويج أحدهما الآخر ، فلو اشترط تعدد الموجب والقابل لزم عدم ولايته على ذلك وهو مخالف لإطلاق أدلتها المقتضي لجواز تزويجه لهما مباشرة و تصويماً بالتوكيل فإذا ثبت عدم اعتبار التعدد في العقد الصادر عن الولي ثبت عدم اعتباره في الصادر عن غيره بعدم الفصل .

(١) السنن كتاب الحج باب ما جاء في التمتع .

(٢) المسند ج ٢ ص ٢٣٦ . وفيه د أمر أبي يتبع أم أمر رسول الله (ص) ، .

إن قلت : إن "الجد" إنما تكون له الولاية على العقد المشروع فمع الشك في مشروعية العقد مع وحدة الموجب والقابل كيف يتمسك بعموم أدلة الولاية لأنه تمسك بالعام في الشبهة المصداقية؟ قلت : تقييده بكونه مشروعاً ليس لدليل لفظي بل هو بالإجماع ونحوه من الأدلة اللبّية وقد حقق في الأصول جواز التمسك بالعام مع الشك في مصداق المخصص إذا كان المخصص لبياً .

و يمكن أن يقال : أما ما ذكر من عدم الفصل فيه إشكال لأنه قيل بالمنع في ما لو كان التزويج لنفس العاقد ، و ذكر رواية عمار الساباطي^٢ و إن كان الأصحاب لم يعملوا بمضمونه .

و أما ما ذكر من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية إذا كان المخصص لبياً فيشكل بنحو الإطلاق ألا ترى أنه لو قال السيد لعبد : أكرم جيراني . والعبد عالم بأن زيدا لا يجب إكرامه فوجد رجل من الجيران واحتمل أنه زيد فهل يجب إكرامه من جهة كون المخصص لبياً ، نعم لا إشكال في أنه إذا شك في وجود المصلحة في فرد من أفراد العام فلا إشكال في أنه يؤخذ بالعام لأن إحراز المصلحة مربوط بالمولى فيؤخذ بالعموم و يستكشف منه المصلحة ، وليس مانع فيه من هذا القيل بل المقام من قبيل التمسك بقاعدة السلطنة لرفع الشك في اعتبار شيء في مثل البيع فمع عدم الإطلاق كيف يمكن .

و أما ما حكى عن علم الهدى - قدس سره - من الانعقاد في تزويج الإماء بلفظ الإباحة و التحليل فلم يظهر وجه لعدم الفرق بين الحرائر والإماء من هذه الجهة ، و يمكن أن يكون من جهة أن المستفاد من قوله تعالى « والذينهم لفروجهم حافظون - إلخ » حصر الحلّة في الأزواج و ما ملكت أيمانهم فلا بد أن يكون الأمة المحللة داخلة في الأزواج فيحصل النكاح المنقطع بصيغة التحليل ، و في التمسك بالعموم أو الإطلاق في أمثال المقام كلام .

و أما اشتراط كون الزوجة مسلمة أو كتابية فقد سبق الكلام فيه في النكاح الدائم و من لم يقل بجواز نكاح الكتابية بنحو الدوام يقول بالجواز في النكاح

المنقطع كما سبق عدم جواز نكاح الناصبية بنحو الإطلاق و كذا المشرقة .
 ﴿و يستحب﴾ اختيار المؤمنة العفيفة ، و أن يسألها عن حالها مع التهمة ، و
 ليس شرطاً . و يكره بالزانية وليس شرطاً ، و أن يستمتع بغيرها أب فإن فعل
 فلا يفتنّها ، وليس محرماً ، و لا حصر في عددهنّ ﴿﴾ .

أما استحباب اختيار المؤمنة فيدلّ عليه ما رواه المشايخ الثلاثة ^(١) في الصحيح
 عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال : « سأل رجل أبا الحسن الرضا عليه السلام - إلى أن
 قال :- فقال : لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مؤمنة أو مسلمة فإن الله عز وجل يقول «الزاني
 لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك و حرّم ذلك على
 المؤمنين» .

و في رواية الفقيه والتهذيب « إلا بمأمنة » عوض « مؤمنة » .
 و أما استحباب اختيار العفيفة فلحديث أبي سارة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام
 عنها يعني المتعة ، قال لي : حلال ولا تتزوج إلا عفيفة إن الله عز وجل يقول :
 « الذينهم لفروجهم حافظون » فلا تضع فرجك حيث لا تأمن على درهمك » ^(٢) .
 و أما ما رواه الشيخ عن الحسن بن عليّ ، عن بعض أصحابه يرفعه إلى أبي عبد الله
 عليه السلام قال : « لا تمتع بالمؤمنة فتذلّها » فقد قال الشيخ إنه يحتمل أن يكون المراد به إذا
 كانت المرأة من أهل بيت الشرف يلحق أهلها العار و يلحقها الذلّ و يكون ذلك مكروهاً
 انتهى ^(٣) .

و أما حسن السؤال عن حالها إذا كانت غير مأمنة فيدلّ عليه ما رواه المشايخ
 الثلاثة - قدس أسرارهم - عن أبي مريم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام « أنه سئل
 عن المتعة فقال : إن المتعة إلیوم ليست كما كانت قبل اليوم إنهن كنّ يومئذ يؤمنّ

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٢ و التهذيب ج ٢ ص ١٩١ . والفقيه باب المتعة ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٥٢ و التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ .

(٣) راجع التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ .

واليوم لا يؤمن^١ فاسألوا عنهن^٢ ، ^(١) قال في الوافي: يؤمن^٣ إما بكسر الميم من الإيمان بمعنى إيمانهم^٤ بحل^٥ المتعة وإما بفتحها من الأمانة بمعنى صيانة أنفسهم^٦ عن الفجور أو عن الإذاعة إلى المخالفين و يبعد الأول لأنه مع عدم الإيمان بحل^٧ المتعة كيف ينعقد العقد معها و ظاهره وجوب السؤال وإن لم تكن المرأة بشخصها متهمة .

و في قبال ما ذكر أخبار آخر يستفاد منها عدم لزوم السؤال منها ما روى الكليني^٨ - قدس سره - في الصحيح عن ميسر^٩ قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ألقى المرأة في الفلات التي ليس فيها أحد ، فأقول لها : لك زوج ؟ فتقول : لا فأتزوجها قال : نعم هي المصدقة على نفسها ، ^(٢) .

و روى الصدوق بإسناده عن يونس بن عبد الرحمن عن الرضا عليه السلام في حديث قال : « قلت : المرأة تزوج متعة وينقضي شرطها ويتزوجها رجل آخر قبل أن تنقضي عدتها ؟ قال : وما عليك إنما إثم ذلك عليها ، ^(٣) .

و روى في التهذيب عن فضل مولى محمد بن راشد ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت إنني تزوجت امرأة متعة فوقع في نفسي أن لها زوجاً ، ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً ، قال : ولم فتشت ، ^(٤) .

و عن مهران بن محمد ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قيل له : إن فلاناً تزوج امرأة متعة ف قيل له : إن لها زوجاً فقال أبو عبد الله عليه السلام : ولم سألها ^(٥) ، .

و عن محمد بن عبد الله الأشعري^٦ قال : « قلت للرضا عليه السلام : الرجل يتزوج المرأة فيقع في قلبه أن لها زوجاً ، فقال : وما عليه أرايت لو سألها البيئنة كان يجدمن يشهد أن ليس لها زوج ، ^(٦) .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٣ والتهذيب ج ٢ ص ١٨٦ والفتاوى باب المتعة تحت رقم ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ .

(٣) الفتاوى باب المتعة تحت رقم ١٧ .

(٤) (٥) (٦) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ .

وفي رساله المتعة للشيخ المفيد على ما نقله في البحار عن أبان بن تغلب عن أبي عبدالله عليه السلام « في المرأة الحسناء ترى في الطريق ولا تعرف أن تكون ذات بعل أو عاهرة ؟ فقال : ليس هذا عليك إنما عليك أن تصدقها في نفسها » ^(١).

و عن جعفر بن محمد بن عبيد الأشعري ، عن أبيه قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن تزويج المتعة ، و قلت أأنهمها بأن لها زوجاً يحل لي الدخول بها ؟ قال عليه السلام : رأيته إن سألتها البيئنة على أن ليس لها زوج هل تقدر على ذلك » .

فمقتضى الجمع صرف ما دل على وجوب السؤال عن ظاهره فليس السؤال شرطاً للصحة كما في المتن .

و أما كراهة التمتع بالزانية فيدل عليها رواية محمد بن الفض ^(٢) و فيها قال عليه السلام « إياكم والكواشف ، والدعاعي ، والبغايا ، وذوات الأزواج . فقلت : ما الكواشف ؟ قال : اللواتي يكاشفن و بيوتهن معلومة و يؤتين ^(٣) قلت : فالدعاعي ؟ قال : اللواتي يدعون إلى أنفسهن وقد عرفن بالفساد ، قلت : والبغايا ؟ قال : المعروفات بالزنا ، قلت : فذوات الأزواج ؟ قال : المطلقات على غير السنة » .

و ما رواه المشايخ الثلاثة ، عن محمد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح قال : « سأل رجل أبا الحسن الرضا عليه السلام و أنا أسمع عن رجل تزوج المرأة متعة و يشترط عليها أن لا يطلب ولدها فتأتي بعد ذلك بولد فشد في إنكار الولد ، و قال أيجده إعظماً لذلك ، فقال الرجل : فإن أنهمها ؟ فقال : لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مؤمنة أو مسلمة ، فإن الله عز وجل يقول « الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة » - الحديث ، ^(٤) .

(١) و رواه الكليني في الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ .

(٢) كذا في الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ . و هكذا في الممانى ص ٢٢٥ أيضاً وفي بعض

الكتب « محمد بن العيص » .

(٣) كذا في الوسائل والممانى . وفي التهذيب والاستبصار « و يزني » .

(٤) تقدم ص ٢٧٥ .

و ظاهر الخبر الأول الحرمة والثاني قابل لها لأنه كثيراً يراد من لا ينبغي،
الحرمة لكن الجمع مع ما رواه الشيخ عن زرارة قال : « سأله عمار وأنا عنده عن الرجل
يتزوّج الفاجرة متعة ؟ قال : لا بأس ، وإن كان التزويج الآخر فليحسن بابه » (١) .
وما عن إسحاق بن جرير قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إن عندنا بالكوفة
أمرأة معروفة بالفجور هل يحل لي أن أتزوّجها متعة ؟ فقال : رفعت راية ؟ قلت : لا
لو رفعت راية لأخذها السلطان ، قال : نعم تزوّجها متعة ، قال : ثم أصفى إلى بعض
مواليه فأسر إليه شيئاً ، فلقيت مولاه فقلت له : ما قال ؟ فقال : إنما قال : ولورفعت راية
ما كان عليه في تزويجها شيء إنما يخرجها من حرام إلى حلال » (٢) يقتضي الحمل
على الكراهة .

وأما كراهة الاستمتاع بالبكر فلقول الصادق عليه السلام على المحكمي في خبر البختري
« في الرجل يتزوّج البكر متعة يكره للعيب على أهلها » (٣) .

وقول أبي الحسن عليه السلام على المحكمي في خبر المهلب الدلال « لا يكون تزويج
متعة ب بكر » (٤) المحمولين على الكراهة المصطلحة من الأخبار المعتبرة الدالة على
الجواز ، لكن لا تقييد بعدم الأب كما في المتن .

وأما كراهة الافتضاخ مع تحقق المتعة فللنهي عنه قال الصادق عليه السلام على المحكمي
في خبر ابن أبي الحلال : « لا بأس أن يتمتع بالبكر ما لم يفرض عليها [مخافة] كراهية
العيب على أهلها » (٥) .

وفي مرسل ابن أبي حمزة عنه عليه السلام أيضاً « في البكر يتزوّجها الرجل متعة ، قال :
لا بأس ما لم يفرضها » (٦) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ والاستبصار ج ٣ ص ١٢٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ . والكافي ج ٥ ص ٤٦٢ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ والاستبصار ج ٣ ص ١٢٦ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ .

(٦) الكافي ج ٥ ص ٤٦٣ .

و مرسل أبي سعيد القمطاط د قلت : لأبي عبد الله عليه السلام جارية بكر بين أبويها تدعوني إلى نفسها سرّاً من أبويها أفأفعل ذلك ؟ قال : و اتق موضع الفرج ، قال : قلت : و إن رضيت بذلك ؟ قال : و إن رضيت فإنه عار على الأ Bakar ، ^(١) .
وقد حملت هذه الأخبار على الكراهة بقرينة التعليل في بعضها بما يناسب الكراهة ولا يخلو عن الإشكال .

و أما عدم الحصر في المتعة فقد سبق الكلام فيه .
و يحرم أن يستمتع أمة على حرّة إلا باذنّها وأن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت أختها ما لم تأذن .

قد سبق الكلام في حرمة إدخال الأمة على الحرّة بدون الإذن و كذا إدخال بنت الأخ أو بنت الأخت على العمّة والخالة ، وذكر الأخبار هناك فإن كان للأخبار المذكورة إطلاق يشمل النكاح المنقطع ثم حرمة استمتاع الأمة على الحرّة بغير إذنها و حرمة إدخال بنت الأخ والأخت لكن يشكّل إطلاقها فإن المتعة لا يعبر عنها بالتزوّج بدون القيد و من راجع الأخبار يتوجّه إلى أن التزوّج و النكاح بدون القيد يراد منه النكاح الدائم غالباً ، فشمول الأخبار الواردة للنكاح المنقطع مشكّل إلا أن يدعى الإجماع في المسألة .

الثالث المهر وذكره شرط ، و يكفي فيه المشاهدة ، و يتقدّر بالتراضي ولو بكفّ من برّ ، و لو لم يدخل و وهبها المدّة فلها النصف و يرجع بالنصف عليها لو كان دفع المهر و إذا دخل استقرّ المهر تماماً ، و لو أخلت بشيء من المدّة قاصّها ، ولو بان فساد العقد فلا مهر إن لم يدخل ، و لو دخل فلها ما أخذت و تمنع ما بقي والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها و يستعاد منها مع علمها و لو قيل بمهر المثل مع الدخول و جهلها كان حسناً .

لا إشكال ولا خلاف في شرطية المهر في هذا النكاح فيبطل العقد بعدم ذكره ، و

يدل عليه صحيح زرارة عن الصادق عليه السلام ولا تكون متعة إلا بأمرين بأجل مسمى وأجر مسمى، (١).

والمشهور أن المهر إذا كان عيناً لزم كونه مملوكاً للزوجة، فلو كان مملوكاً لغيره لم يصح العقد لأن المهر عوض البضع ولا بد أن يخرج العوض من ملك من يدخل في ملكه المعوض.

واستشكل بأن المتعة ليست من العقود المعاوضيّة لعدم مساعدة العرف والاعتبار عليه إذ لا يعد البضع ما لا عندهم، وقول الصادق عليه السلام على المحكي «إنهن مستأجرات» (٢)، كقول الباقر عليه السلام على المحكي «إنما هي المستأجرة» (٣)، إنما هو في مقام التشبيه و تنزيل المتعة منزلة المستأجرة في مجرد أنها تخرج عن عقد الزوج بانقضاء المدّة كما تخرج المستأجرة من إجارة المستأجر بانقضائها كيف ولو كان المراد التنزيل في جميع الآثار لزم بطلان العقد لومات أحدهما في أثناء المدّة ورجوع المهر إلى الزوج بالنسبة إلى ما بقي منها.

ويمكن أن يقال لم يظهر وجه لكون التنزيل منزلة المستأجرة في مجرد أنها تخرج عن عقد الزوج بانقضاء المدّة وفي رواية عبيد بن زرارة عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ذكرت له المتعة أهي من الأربع فقال: تزوّج منه ألفاً فإنهن مستأجرات».

وفي رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «في المتعة ليست من الأربع لأنها لا تطلق ولا ترث وإنما هي مستأجرة».

وفي تفسير العياشي عن عبد السلام عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: قلت له: ما تقول في المتعة؟ قال: قول الله: «فما استمتعتم به منهن» فآتوهن أجورهن» فريضة إلى أجل مسمى ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة، قال: قلت: جعلت فداك

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٥.

(٢) كما يأتي في خبر عبيد بن زرارة عن أبيه عنه عليه السلام في الكافي ج ٥ ص ٢٥٢.

(٣) كما يأتي في خبر محمد بن مسلم عنه عليه السلام في الكافي ج ٥ ص ٢٥١.

أهي من الأربع ، قال : ليست من الأربع ، إنما هي إجارة - الحديث ،^(١) .
فإن قلنا بأن الإجارة كالبيع يلزم خروج الأجرة فيها من ملك من يملك المنفعة
كما يلزم في البيع خروج الثمن من ملك من يملك المثل من كما هو المشهور ، فمقتضى
التنزيل في المقام أن يكون المهر الذي يكون بمنزلة الأجر والأجرة ، و يؤيد هذا
ما دل على أن الزوج له أن ينقص من المهر مع عدم وفاء المرأة .

و أما كفاية المشاهدة و ما تراضيا به فيدل عليها ما رواه الكليني عن الكناني
عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن المهر ما هو ؟ قال : ما تراضى عليه الناس ، »^(٢) .
و عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « الصداق كل شيء تراضى الناس عليه قل »
أو كثر في متعه أو تزويج غير متعة ، »^(٣) .

و عن فضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السلام قال : « الصداق ما تراضيا عليه من قليل
أو كثير فهذا الصداق ، »^(٤) .

و عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله عن أدنى مهر المتعة قال : كف من طعام
أو دقيق أو سويق أو تمر ، »^(٥) .

و أما استحقاق المرأة النصف مع عدم الدخول و هبة المدّة فيدل عليه ما رواه
الشيخ - قدس سره - في الموثق عن سماعة قال : « سألت عن رجل تزوج جارية أو
تمتع بها ثم جعلته في حل من صداقها أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً قال :
نعم إذا جعلته في حل فقد قبضته منه و إن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأة على
الرجل نصف الصداق ، »^(٦) فانه لو لا أن الحكم تنصيف المهر في هذه الصورة لكان
الواجب أن لا ترد إليه شيئاً أو ترد الجميع كما لا يخفى ، و ضعف الرواية وإضرارها

(١) التفسير ج ١ ص ٢٣٢ .

(٢) و (٣) و (٤) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٧ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ .

لا يضر أن للإجبار بعمل الأصحاب ، و الظاهر كما استظهره جملة من الأصحاب أن هذه الهبة في معنى الإبراء فلا يتوقف على القبول .

و أما استحقاقها مع الدخول تمام المهر فالظاهر أنه لا خلاف فيه لاقتضاء العقد وجوب المهر بتمامه و استقراره بالدخول ، خرج عن هذه القاعدة ما لو لم تف المرأة بالدليل .

و أما مقاصتها مع الإخلال بشيء من المدة فيدل عليها ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح إلى عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت : أتزوج المرأة شهراً فأحبس عنها شيئاً ؟ قال : نعم خذ منها بقدر ما تخلفك إن كانت نصف شهر فالنصف ، و إن كان ثلثاً فالثلث ، ^(١) .

و عن إسحاق بن عمار في الموثق قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام : الرجل تزوج المرأة متعة تشترط له أن تأتيه كل يوم حتى توفيه شرطه أو تشترط أيتاماً معلومة تأتيه فيها فتفقد به فلا تأتيه على ما شرطه عليها فهل يصلح أن يحاسبها على ما لم تأتيه من الأيتام فيحبس عنها من مهرها بحساب ذلك ؟ قال : نعم ينظر ما قطعت من الشرط فيحبس عنها من مهرها بمقدار ما لم تف له ما خلا أيتام الطمث فإنها لها فلا يكون له إلا ما أحل له من فرجها ، ^(٢) .

و أما لو بان فساد العقد فمع عدم الدخول لا إشكال في عدم استحقاقها شيئاً لعدم سبب الاستحقاق ، ومع الدخول فمع كون المرأة عاملة تكون زانية ، و مقتضى القاعدة المسلمة بين الفقهاء عدم استحقاقها شيئاً لأنه لا مهر لبني ، و مع الجهل يحكمون باستحقاقها من جهة استحلال الفرج .

و يدل على ما ذكر ما رواه في الكافي عن علي بن أحمد بن أشيم قال : « كتب إليه الرئبان بن شبيب (يعني أبا الحسن عليه السلام) الرجل يتزوج المرأة متعة بمهر إلى أجل

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦١ ، و التهذيب ج ٢ ص ١٨٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦١ .

معلوم و أعطاه بعض مهرها و أخرته بالباقي ، ثم دخل بها و علم بعد دخوله بها قبل أن يوفيه باقي مهرها أنها زوجته نفسها و لها زوج مقيم معها ، أيجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز ؟ فكتب لا يعطيها شيئاً لأنها عصت الله تعالى ، (١) .

و روى في التهذيب في الحسن عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا بقي عليه شيء و علم أن لها زوجاً فما أخذته فلها بما استحل من فرجها و يحبس عنها ما بقي عنده ، (٢) .

و لا يخفى الاشكال فيه من جهة أنه مع جهلها و معذوريته تستحق المهر من جهة استحلال الفرج المسمى أو مهر المثل لا خصوص ما أخذت و مع عدم معذوريته تكون بغيّاً و لا مهر لها .

ثم إن الجهل الذي يستحق المرأة معه المهر من جهة استحلال فرجها لابد أن يكون جهلاً تكون معه معذورة ، أما الجهل الذي لا تكون معه معذورة فمقتضى القاعدة عدم استحقاق المهر حيث إن الحكم بعدم الاستحقاق على بعصيانها و المرأة ليست معذورة بل تكون عاصية به و المهر الذي تستحقه هل هو المسمى في العقد الفاسد أو مهر أمثالها ، و على الثاني هل هو مهر أمثالها في النكاح الدائم أو النكاح المنقطع ؟ قد يستظهر المسمى من جهة لام العهد في أخبار تزويج في عدتها جاهلاً .

فمنها قوله عليه السلام : « و إن كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها » بعد تعميم الحكم من جهة العلة المنصوصة و يبعد من جهة أن المناسب للعلة أصل المهر لا المهر المسمى في العقد الفاسد و القدر المتيقن في مهر المثل مهر المثل في النكاح المنقطع .

﴿ الرابع الأجل و هو شرط في العقد و يتقدّر بتراضيهما كالיום و السنة و الشهر ، و لابد من تعيينه ولا يصح ذكر المرأة و المرأت مجرّدة عن زمان مقدّر وفيه رواية بالجواز فيها ضعف ﴾ .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٨٩ و الكافي ج ٥ ص ٢٦١ .

أما اشتراط الأجل فبدل عليه صحيح زرارة المذكورة في اعتبار المهر و ما رواه في التهذيب عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة ، فقال : مهر معلوم إلى أجل معلوم » (١) .

أما التحديد بالمرقة والمرقتين مجردة عن زمان مقدّر فبدل عليه ما رواه الشيخ في الموثق عن زرارة قال : قلت له : هل يجوز أن يتمتع من المرأة ساعة أو ساعتين فقال : الساعة و الساعتان لا يوقف على حدّهما ، ولكن العرد و العردين و اليوم و اليومين و الليلة و أشباه ذلك ، وقد فسر العرد بالمرقة ، و ما رواه الكافي عن خلف بن حماد قال : « أرسلت إلى أبي الحسن عليه السلام أدنى أجل المتعة ؟ هل يجوز أن يتمتع الرجل بشرط مرقة واحدة ؟ قال : نعم » (٢) .

و ما رواه أيضاً عن القاسم بن محمد عن رجل سمّاه قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة على عرد واحد ؟ قال : لا بأس ولكن إذا فرغ فليحوّل وجهه و لا ينظر » (٣) .

و لا يخفى مع دلالة الموثق على كفاية ما ذكر يقوى الكفاية لكن الظاهر أنّ المشهور لم يعملوا به .

و أما الأحكام فمسائل : الأولى الإخلال بذكر المهر مع ذكر الأجل يبطل العقد ، و ذكر المهر من دون الأجل يقبله دائماً . الثانية لاحكم للشروط قبل العقد و يلزم لو ذكرت فيه الثالثة يجوز اشتراط إتيانها ليلاً أو نهاراً و ألا يطأها في الفرج و لو رضيت به بعد العقد جاز و العزل من دون إذنها ، ويلحق الولد وإن عزل لكن لو نفاه لم يحتج إلى اللعان ❀ .

بعد ما كان ذكر المهر ركناً في المتعة فمع الإخلال به مع ذكر الأجل يبطل العقد لأنّه مع ذكر الأجل لا يصلح للدوام و مع عدم ذكر المهر لا يصلح للانقطاع ، و

(١) المصدر ج ٢ ص ١٨٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩٠ و الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ .

مع ذكر المهر بدون ذكر الأجل فهل يبطل العقد مطلقاً أو ينقلب دائماً كذلك أو يفصل بين ما إذا كان مقصوداً له فيبطل وما لم يكن مقصوداً أيضاً فينقلب أو يفصل بين ما إذا كان بلفظ « متعت » فيبطل و ما إذا كان بغير لفظه فينقلب وجوه بل أقوال : قد يقال أقوىها بحسب القاعدة الرابع و بحسب الأدلة الخاصة الثاني .

أما وجه أقوائية الرابع فلا أنه إذا كان بلفظ « متعت » فحيث إن لفظه يكون بحسب اصطلاح المتشرعة متضمناً لزمان ما لكونه موضوعاً عندهم تعييناً أو تعييناً بخصوص النكاح المنقطع فلا يمكن أن ينقلب إلى الدائم لا لأجل أن تضمنه لزمان ما منافي لقصد الدوام كي يمنع عن اعتبار قصده في صحة الدائم بل لأجل أن عدم لحاظ الزمان رأساً له دخل في أصل قوام ذات الدائم ، ولا يمكن أن ينعقد متعة لعدم تعيين الأجل ، وهذا بخلاف ما إذا كان بغير لفظ « متعت » فإنه ينعقد دائماً على ما هو الحق من كون التقابل بين المطلق والمقيّد هو تقابل العدم والملكية وأن الإطلاق عبارة عن عدم التقييد في محل قابل له ثبوتاً وإثباتاً فإن من مقدّمات الحكمة التي ينعقد بها الإطلاق هو عدم ذكر القيد مع كون المتكلم في مقام بيان المراد لأن مع ذكره له مع كونه في هذا المقام يكشف عن عدم دخل خصوصية في موضوع حكمه أو متعلقه وإلا لأخل بفرضه .

وأما كون الثاني (أعني الانقلاب دائماً مطلقاً) أقوى بحسب الأدلة الخاصة فللتصريح به في النصوص ففي خبر أبان بن تغلب قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال عليه السلام : تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه ﷺ لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً - إلى أن قال - : قلت له فإني أستحي أن أذكر شرط الأيّم ؟ قال عليه السلام : هو أضر عليك ، قلت : وكيف ؟ قال عليه السلام : إنك إذا لم تشترط كان تزويج مقام و لزمك النفقة في العدة و كانت وارثة لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنة ، ^(١) .

و في خبر هشام بن سالم قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أتزوج المرأة متعة
مرأة مبهمة فقال عليه السلام : ذلك أشد عليك ، ترثها وترثك ، ولا يجوز لك أن تطلقها إلا
على طهر و شاهدین ، قلت : و أصلحك الله فكيف أتزوجها ؟ قال عليه السلام : أيا ما معدودة
بشيء مسمى - الخبر ، (١) .

و في رواية ابن أبي عمير ، عن ابن بكير في الموثق قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام
في حديث : إن سمي الأجل فهو متعة و إن لم يسم الأجل فهو نكاح بات » ، (٢) .
ويمكن أن يقال : أما ما ذكر من أنه إذا كان بلفظ « متعت الخ » . فلفظ المتعة
ظاهر فيما ذكر لكن لا نسلم هذا الظهور في لفظ « متعت » ألا ترى الفرق بين لفظ باع
فلان في مقام الإخبار وبين لفظ بعث في مقام الإنشاء فإن الأول ظاهر في البيع الملحق
بالقبول مع اجتماع شرائط الصحة بخلاف الثاني فإنه إنشاء من قبل البائع يحتاج
إلى القبول ، و تحقق الشرائط ، و قد ذكر المصنف - قدس سره - في صيغ النكاح
البدائم « متعتك » .

و أما ما ذكر من أنه إذا كان بغير لفظ « متعت الخ » فيشكل من جهة أن لازم
ما ذكر عدم الحاجة في الإطلاق إلى كون المتكلم في مقام البيان حيث إنه مع عدم ذكر
القيد يكون المذكور مطلقاً قهراً وليس كذلك فإن مادة أنكحت أو زوجت موضوعة
للمعنى القابل للإطلاق والتقييد فمع التقييد لإشكال و مع عدم التقييد إن كان المتكلم
في مقام البيان يحمل على الإطلاق وإلا فلا ، فمع عدم قصد الدوام كيف ينقلب بالدوام
من جهة عدم ذكر القيد .

و أما الأخبار المذكورة فالموثقة لا ظهور لها في الانقلاب كما لا يخفى والخبران
فمع اعتماد الفقهاء القائلين بالانقلاب عليهما لا إشكال و مع الشك يشكك الأخذ
بمضمونها ، و أما ما ذكر من أنه لا حكم للشروط قبل العقد و يلزم ما ذكر فيه فبعد
الفراغ عن صحة الاشتراط في العقد بما لا يخالف الكتاب والسنة يقع الكلام في أنه

لا بد من كونه في أثناء العقد أو يصح وإن كان قبل العقد والمحكي عن الشيخ في النهاية أن كل شرط يشترط الرجل على المرأة إنما يكون له تأثير بعد ذكر العقد فإن ذكر الشروط وذكر بعد ما العقد كان الشروط التي قد تم ذكرها باطلة لا تأثير لها ، فإن كررها بعد العقد ثبت على ما ثبت .

وأنكر ابن إدريس ^(١) وخصه اللزوم بما اشتمل عليه العقد . والظاهر أن عليه كلفة المتأخرين .

والأخبار التي ذكرت في المقام منها ما رواه في الكافي والتهذيب عن محمد بن مسلم في الموثق قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : في الرجل يتزوج المرأة متعة أنهما يتوارثان ما لم يشترطا وإنما الشرط بعد النكاح » ^(٢) .

و عن ابن بكير في الموثق أو الحسن قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام : ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز - الحديث ^(٣) » .

وما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل « ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة » قال : ما كان بعد النكاح فهو جائز وما كان قبل النكاح فلا يجوز إلا برضاها وبشيء يعطيها فترضى به » ^(٤) .

و عن ابن بكير في الموثق قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام : إذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به وأوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح فإن أجازته فقد جاز وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشرط قبل النكاح ^(٥) » .

وقال الرضا عليه السلام في المحكي في كتاب الفقه الرضوي بعد أن ذكر أن وجوه النكاح الذي أمر الله جل وعز بها أربعة أوجه - إلى أن قال : والوجه الثاني نكاح بغير شهود ولا ميراث وهو نكاح المتعة بشروطها وهي أن تسئل المرأة فارغة هي أم

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٩١ . والاستبصار ج ٣ ص ١٥١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٥٦ والتهذيب ج ٢ ص ١٨٩ .

مشغولة بزواج أو بعدة أو بحمل ، و إذا كانت خالية من ذلك قال لها : تمتعي نفسك على كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ نكاح غير سفاوح بكذا و كذا - وبين المهر والأجل - على أن لا ترثني ولا أرثك ، و على أن الماء أضعه حيث أشاء ، و على أن الأجل إذا انقضى كان عليك عدة خمسة و أربعين يوماً ، و إذا انعمت قلت لها : قد تمتعتني نفسك و تعيد جميع الشروط عليها لأن القول الأول خطبة و كل شرط قبل النكاح فاسد و إنما ينعقد الأمر بالقول الثاني فإذا قالت في الثاني نعم ادفع إليها المهر أو ما حضر منه و كان ما بقي ديناً عليك و قد حل لك وطبها انتهى .

و يمكن أن يقال : إن كان نظر القائلين بعدم صحة ما كان من الشروط قبل العقد ما يلتزم الزوج أو الزوجة قبل العقد بدون أن يكون مربوطاً بالعقد الواقع فلا إشكال لأن الالتزام والالتزام بدون أن يكونا في ضمن العقد إما لا يصدق عليهما الشرط كما ذكر في كتاب المكاسب و على تقدير الصدق ادعى الإجماع على عدم لزوم الوفاء به خلافاً لبعض الأكابر ، و على تقدير القول بوجوب الوفاء في سائر الموارد لا مجال للقول به في المقام للأخبار المذكورة .

و إن كان نظر القائلين بعدم الصحة إلى لزوم ذكر الشرط في ضمن العقد وعدم الصحة مع كون بناء العقد عليه و كون الشرط بمنزلة الجزء المحذوف كحذف المبتداء في جواب « كيف زيد » ، فالقول بعدم الصحة مشكلٌ لعموم « المؤمنون عند شروطهم » ولم يظهر شمول الأخبار المذكورة لهذه الصورة ، والقيود المذكورة في الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام غير لازمة على فرض صحة النسبة إليه عليه السلام للأخبار الأخر الغير المتعوضة لهذه الأمور .

و أما جواز اشتراط ما ذكر في المتن فيدل عليه عموم « المؤمنون عند شروطهم » و قد سأل عمار بن مروان الصادق عليه السلام « عن امرأة تزوجت نفسها من رجل على أن

(١) السرائر ص ٢٨٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢٦ . والتهذيب ج ٢ ص ١٨٩ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٥٧ . والتهذيب ج ٢ ص ١٩٠ .

يلتمس منها ما شاء إلا الدخول فقال : لا بأس ليس له إلا ما اشترط ، ^(١) .
 و في خبر إسحاق بن عمار قال للصادق عليه السلام : « رجل تزوج بجارية على أن لا
 يفتضئها ، ثم أذنت له بعد ذلك فقال : إذا أذنت له فلا بأس ، ^(٢) .
 والظاهر اتفاق الفقهاء على جواز العزل و لو مع عدم إذن المرأة و يدل عليه
 قوله عليه السلام على المحكي في رسالة ابن أبي عمير « الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء
 إلا أنه إذا جاء ولد لم ينكره ، و شدّد في إنكار الولد » ^(٣) .
 و رواه محمد بن مسلم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل ، فقال : ذاك إلى
 الرجل يصرفه حيث شاء » ^(٤) .
 و رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل فقال :
 ذاك إلى الرجل ^(٥) » ، إلى غير ذلك من الأخبار فما دل على النهي محمول على الكراهة
 جمعاً مع هذه الأخبار .

و أمّا لحوق الولد حتى مع العزل فالظاهر عدم الخلاف فيه و ذلك لاحتمال
 سبق المنى من غير تنبّه و شعور أو جذب رحمها إتياء مع صبه على فم الفرج و يدل
 عليه رسالة ابن أبي عمير المذكورة حيث إنه يظهر منها أنه ليس له الإنكار مع أن
 الإنكار كثيراً يكون من جهة العزل ، ولا يخفى أنه لا بد أن يكون مع العزل احتمال
 قابل للتوجه عند العقلاء و إلا فمع عدم احتمال كون الولد من مائه كيف يحكم بكون
 الولد له ، والمشهور أنه مع هذا لو نفى الولد عن نفسه و احتمل صدقه انتفى عنه ظاهراً

(*) الرقم في الكرامة السابقة مكرر ولكن المطلوب متصل .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ والتهذيب ج ٢ ص ١٩١ بنحو أبسط .

(٢) الفقيه باب المتعة تحت رقم ٣٠ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٤ والتهذيب ج ٢ ص ١٩١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٠٤ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٥٠٤ .

وإن كان لم يعزل فضلاً عما إذا عزل ولا يفتقر انتفاءؤه عنه إلى اللعان وادعى الإجماع عليه مضافاً إلى النصوص كقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سنان : « لا يلا عن الحر الأمة ولا الذميمة ولا التي يتمتع بها » ^(١) .

وفي صحيح ابن أبي يعفور « لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع بها » ^(٢) . ولا يخفى عدم دلالة النصوص الدالة على عدم اللعان على انتفاء الولد بالنفي ، وقد يقال في رفع ما ذكر : إن اللازم من عدم انتفاء الولد بنفيه في المتمتع بها هو كونها أتم وأعلى فراشاً من الدائمة التي ينتفي الولد عنه بنفيه مع اللعان مع معلومية كونها أنقص وأدون فراشاً منها كما يؤمى إليه عطف المتمتع بها بالأمة والذميمة في صحيح ابن سنان الكاشف عن كونها في عرضهما فلا بد أن يكون المراد من عدم لعانها في النصوص هو عدم احتياج انتفاء الولد بنفيه إلى لعانها وإن هذه النصوص ناظرة إلى الأدلة الدالة على احتياج انتفاء الولد عنه بنفيه في الدائمة إلى اللعان فتكون دالة على أن اللعان الذي كان محتاجاً إليه في انتفاء الولد في الدائمة ليس محتاجاً إليه في انتفائه في المنقطعة ، وإن الظاهر من نفي اللعان كنفي الضرر هو نفي آثاره وأحكامه التي منها اشتراطه في انتفاء الولد بنفيه كما أن منها اشتراطه في دفع الحد عن القاذف لامرأته .

ويمكن أن يقال : ما ذكر أولاً من لزوم كون المتمتع بها أتم من الدائمة التي ينتفي الولد مع لعانها تقرب لامجال له في مقام الاستدلال في الأمور الشرعية كما أنه يشكل الاستدلال بمادل على نفي اللعان دفع الحد عن القاذف فإن اللعان يدفع الحد ومع عدمه مقتضى العمومات ثبوت الحد على الزوج القاذف . وأما انتفاء الولد بنفيه بدون اللعان فإن تم الإجماع فلا كلام وإلا فاستفادته مما ذكر مشكلاً وقد قيد الحكم بانتفاء الولد بنفيه بدون اللعان بما إذا لم يعلم ائمه فيه بصدور النفي منه مع احتمال

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٩ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٦ .

كون الولد منه ، وإلا لم يقيد بنفيه ويكون نفيه لغواً لأنه آثم بالنفي و بنفيه ينتفي انتساب الولد إليه .

﴿الرابعة لا يقع بالمتعة طلاق إجماعاً ولا لعان على الأظهر ويقع الظهار على تردّد . الخامسة لا يثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين ، وقال المرتضى يثبت ما لم يشترط السقوط ، نعم لو شرط الميراث لزم . السادسة إذا انقضى أجلها فالعدة حيزتان على الأشهر وإن كانت ممن تحيض ولا تحيض فخمسة وأربعون يوماً ، ولو مات عنها ففي العدة روايتان أشبههما أربعة أشهر وعشرة أيام . السابعة لا يصح تجديد العقد قبل انقضاء الأجل ولو أراده و هبها ما بقي من المدة واستأنف ﴾ .

أما عدم وقوع الطلاق بالمتعة فلا خلاف فيه نصاً و فتوى ، و يدل عليه ما رواه الكليني بإسناده عن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام « في المتعة ليست من الأربع لأنها لا تطلق ولا ترث وإنما هي مستأجرة » ^(١) .

و أما عدم اللعان فيدل عليه صحيح ابن سنان وصحيح ابن أبي يعفور المتقدمان و هل يقع الظهار و يرتب عليه أحكامه من تحريم الوطى قبل الكفارة و لزوم كفارتين لو وطئها قبلها و من إلزام المظاهر بعد انقضاء ثلاثة أشهر من حين رفع المظاهرة أمرها إلى الحاكم على اختيار أحد الأمرين من الرجوع قد يقع التردّد فيه ، وجهه إطلاق النساء في قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة مؤمنة » مع أن من الأحكام إلزام المظاهر بالرجوع بالوطى أو الطلاق وليس للمتمتع بها حق في الوطى ولا يقع بها طلاق ، هذا مضافاً إلى مرسل ابن فضال عن الصادق عليه السلام « لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق » ^(٢) فتدبر .

ويمكن أن يقال : ما ذكر من أن المتمتع بها ليس لها حق في الوطى قابل للمنع فإن ما دل على وجوب الوطى بعد مضي أربعة أشهر بإطلاقه يشمل المتمتع بها .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٤ .

وأما مرسل ابن فضال لعله يؤيد ثبوت الظهار حيث إنه مع انحصار الظهار بالنكاح الدائم لا يقال « مثل موضع الطلاق » بل يقال « موضع الطلاق » ولعل التعبير لإخراج الجارية المملوكة . و ثانياً نقول : لا مانع من الأخذ بإطلاق الآية الشريفة و شمول الظهار لها واختصاص بعض أحكام الظهار بالدائمة .

وأما ثبوت الميراث بالمتعة ففيه أقوال : الأول أنها كالدائم فيثبت به الميراث بينهما مطلقاً شرطاً سقوطه في العقد أم لا . الثاني أنه لا يثبت به الميراث بينهما مطلقاً شرطاً سقوطه أم لا ، الثالث أنه يثبت الميراث إلا فيما شرطاً سقوطه . الرابع أنه لا يثبت إلا فيما شرطاً ثبوته .

واستدل للقول الأول بأن المتمتع بها تصدق عليها الزوجة فترث كغيرها، ولا يصح اشتراط السقوط كغيرها من الورثة .

وفيه أن المراد من الزوجة في آية الإرث غيرها بقريئة النصوص كخبر أبان ابن تغلب عن أبي عبد الله عليه السلام حيث إنه بعد أن قال أبان « إني أستحي أن أذكر شرط الأيام » قال عليه السلام « على المحكمي » : « هو أضر عليك لأنك إن لم تشترط كان تزويج مقام ولزمتك النفقة في العدة و كانت وارثة » (١) .

و خبر عبد الله بن عمرو قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة فقال : حلال لك من الله ورسوله ﷺ ، قلت : فما حدوها قال : من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك » (٢) . و صحيح عمر بن حنظلة قال « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شروط المتعة ، فقال عليه السلام : يشارطها على ما شاء من العطيّة و يشترط الولد إن أراد و ليس بينهما ميراث » (٣) .

واستدل للقول الثاني بأن آية الإرث قد دلّت بضميمة النصوص المزبورة وغيرها

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) الاستبصار ج ٣ ص ١٥٠ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩١ والاستبصار ج ٣ ص ١٥٣ .

على اختصاص التوارث بالدائمة فشرط الميراث للمنقطعة مخالف للكتاب والسنة ، فلا يكون نافذاً .

وأُجيب بأن ما دلّ على عدم نفوذ الشرط المخالف ليس من العمومات الغير القابلة للتخصيص ضرورة أن المراد من كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة ليس مخالفة للمراد الواقعي منهما لكيلا يكون قابلاً للتخصيص بل المراد مخالفة لظاهرهما من عمومهما وإطلاقهما وحينئذٍ فإذا قام دليل خاص على نفوذ اشتراط الميراث للمنقطعة تأخذ به ونخصّص به عموم ما دلّ على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب والسنة بل على ما حققناه في محله من أن الخطابات الشرعية المتعلقة بالعناوين الكلية إنما تكون متعلقة بها باعتبار مصاديقها الواقعية لا ما يراه العرف مصداقاً لها وإنما ألقى الشارع تلك الخطابات إليهم من دون نصب قرينة تدلهم على موارد خطابهم من أجل كون نظرهم طريقاً نوعياً إلى تشخيص تلك المصاديق يكون خروج نفوذ اشتراط الميراث للمنقطعة عن عموم ما دلّ على عدم نفوذ الشرط المخالف من باب التخصّص ضرورة كشف ما دلّ على نفوذ اشتراطه لها من الأدلة الخاصة عن عدم تحقق الموضوع وهو المخالفة حقيقة وإن كان متحققاً بنظر العرف .

ويمكن أن يقال : أما ما ذكر « من أن المراد من كون الشرط مخالفاً - إلخ » . فلم يظهر وجهه إلا أن يقال : إن الكتاب والسنة ليسا إلا الحاكيين عن الواقع لكن يظهر من بعض الأخبار خلافه كالمروي موثقاً عن أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام « من شرط لامرأته شرطاً فليف بها فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً أو أحلاً حراماً » ^(١) والمروي في طريق العامة قوله عليه السلام في حكاية بريرة لما اشتراها عائشة وشرط مواليتها عليها ولائها : « ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ؟ ! فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل .. قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق » ^(٢) ألا ترى ماورد في باب تعارض الخبرين من طرح الخبر المخالف بنحو

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ .

(٢) أخرجه بتمامه النسائي في السنن ج ٧ ص ٢٦٩ .

لا يقبل التخصيص ، والظاهر أن ما ذكر من «أن» الخطابات الشرعية - إلخ ، لا يجتمع مع ما ذكر أولاً . ثم نقول تارة بكون عدم التوارث في النكاح المنقطع من جهة عدم الاقتضاء فلا مانع من الاشتراط ، وأخرى من جهة اقتضاء عدم فمثله كيف يصح اشتراطه حسب القاعدة ؟ وإن دل دليل على صحة الشرط يقع التعارض ، فالأخبار الواردة في المقام منها خبر عبد الله بن عمرو وصحيح عمر بن حنظلة المذكورين ، ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب في الموثق عن أبي بصير قال : «لا بد فيه أن يقول فيه هذه الشروط : أتزوجك متعة كذا وكذا يوماً ، بكذا وكذا درهماً ، نكاحاً غير سفاح على كتاب الله وسنة نبيه ، وعلى أن لا ترثني ولا أرثك ، وعلى أن تعتدي خمسة وأربعين يوماً ، و قال بعضهم حيضة » (١) .

ومنها ما عن أبان بن تغلب قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال : تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه عليه السلام لا وارثة ولا مورثة - الحديث » (٢) .

وفي الأول جعل من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك ، وفي الثاني بعد ما سئل من الشروط قال عليه السلام «يشارطها على ما شاء» وفي آخره «وليس بينهما ميراث» ربما يظهر منه أن شرط الميراث ليس من الشروط الصحيحة فمع عدم الإشكال في سند الأول وتمامية الاستظهار في الثاني والاستظهار من خبر أبي بصير وخبر أبان المذكورين يقع التعارض بينهما وبين ما دل على جواز الاشتراط كما رواه في الكافي عن أحمد بن محمد بن أبي نصر في الصحيح أو الحسن عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : «تزوج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث ، فإن اشترطت كان ، وإن لم تشرط لم يكن » (٣) .

وما رواه الشيخ - قدس سره - في الصحيح عن محمد بن مسلم قال : «سألت

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٥٥ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٨٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٥٥ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٣) د د د ص ٢٦٥ .

أباعد الله ﷺ كم المهر يعني في المتعة ؟ فقال : ما تراضياً عليه - إلى أن قال : - وإن اشترطا الميراث فهما على شرطهما ، ^(١) .

و استدلُّ للقول الثالث مضافاً إلى أنه مقتضى الجمع بين عموم آية الإِث و بين مادلٍّ على لزوم الشرط من قوله ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » و غيره بخصوص موثق ابن مسلم « في الرجل تزوج المرأة متعة أنهما يتوارثان إذا لم يشترطا » ^(٢) .

وأُجيب بأن الاستدلال بعموم آية الإِث قد عرفت مافيه في الاستدلال على القول الأول و أما الاستدلال بالموثق المذكور فلا مجال للأخذ بظاهره من ثبوت التوارث فيما إذا لم يشترطا التوارث فيدور الأمر بين حمله على ما إذا لم يشترطا عدم التوارث و بين حمله على ما إذا لم يشترطا الأجل ، فيدلُّ على أنه مع عدم اشتراط الأجل ينقلب دائماً فيتوارثان ولا مرجح للحمل على الأول فيكون مجعلاً .

و استدلُّ للقول الرابع بأخبار خاصة بصحيح محمد بن مسلم عن الصادق ﷺ في حديث « وإن اشترطا الميراث فهما على شرطهما » .

و صحيح البرنطقي ، عن أبي الحسن الرضا ﷺ قال : « تزويج المتعة نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث ، فإن اشترطت الميراث كان و إن لم تشترط لم تكن » ^(٣) و قد يقوي هذا القول و قد سبق الاشكال من جهة المعارضة مضافاً إلى المعارضة مع صحيح سعيد بن يسار عن أبي عبد الله ﷺ قال : « سأله عن الرجل يتزوج المرأة متعة و لم يشترط الميراث ، قال ﷺ : ليس بينهما ميراث اشترطا أو لم يشترطا » ^(٤) . و حمل هذا الصحيح على أن ليس بينهما ميراث سواء اشترطا عدم الميراث أو لم يشترطا بقرينة قوله ﷺ « ليس بينهما » بعيد لا يصار إليه فلا بد من الترجيح أو التخيير .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩٠ والاستبصار ج ٣ ص ١٣٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٥٧ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٩٠ والاستبصار ج ٣ ص ١٥٠ .

و إذا انقضى مدّة المتمتّع بها بعد الدخول أو وهبت فهل عدّها حيضتان أو طهران أو حيضة و طهر أو حيضة واحدة فيه أقوال منشأها اختلاف الأخبار منها ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن ، عن إسماعيل بن الفضل قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة ، قال : الق عبد الملك بن جريج فسله عنها فإنّ عنده فيها علماً فلقيته فأملى عليّ شيئاً كثيراً في استحلالاتها فكان فيما روى ابن جريج قال : ليس فيها وقت ولا عدد إنّما هنّ بمنزلة الإماء يتزوج منهنّ كم شاء و صاحب الأربع نسوة يتزوج منهنّ ما شاء بغير وليٍّ ولا شهود فإذا انقضى الأجل بأنّت منه بغير طلاق و يعطيها الشيء اليسير ، و عدّها حيضتان و إن كانت لا تحيض فخمسة وأربعون يوماً . فأثبت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام فعرضته عليه فقال صدق و أقرّ به ، قال ابن أذينة : و كان زرارة بن أعين يقول هذا و يحلف أنّه الحقّ إلا أنّه كان يقول : إن كانت تحيض فحيضة ، و إن كانت لا تحيض فشهري و نصف ، ^(١) .

و يدلّ على ذلك أيضاً ما رواه العياشي في تفسيره عن أبي بصير ، عن أبي جعفر عليه السلام في المتعة - إلى أن قال : - « ولا تحلّ لغيرك حتّى تنقضي عدّها ، و عدّها حيضتان ، ^(٢) .

و منها ما رواه الحسين بن سعيد في كتابه على ما نقله في كتاب البحار عن النضر عن عاصم بن حميد ، عن أبي بصير قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن المتعة ، فقال : نزلت في القرآن - إلى أن قال : - فلا تحلّ لغيرك حتّى تنقضي لها عدّها و عدّها حيضتان » .

و منها رواية محمد بن الفضيل ، عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال : « طلاق الأمة تطليقتان وعدّها حيضتان » .

و روى زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام « إنّ على المتعة ما على الأمة » .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥١ .

(٢) التفسير ج ١ ص ٢٢٢ .

و منها ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن ابن أذينة ، عن زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « عدّة المتعة إن كانت تحيض فحيضة وإن كانت لا تحيض فشهري ونصف ^(١) » .

و منها ما في كتاب الاحتجاج عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحميري ، عن صاحب الزمان عليه السلام أنه كتب إليه « في رجل تزوّج امرأة بشيء معلوم إلى وقت معلوم فبقي له عليها وقت فجعلها في حلّ ممّا بقي له عليها ، و قد كانت طمشت قبل أن يجعلها في حلّ من أيامها بثلاثة أيام ، أيجوز أن يزوّجها رجل آخر بشيء معلوم إلى وقت معلوم عند طهرها من هذه الحيضة ، أو يستقبل بها حيضة أخرى ، فأجاب عليه السلام يستقبل بها حيضة غير تلك الحيضة لأنّ أقلّ العدّة حيضة و طهرة تامة » و في بعض النسخ « و طهارة » ^(٢) .

و قد يقال : إنّه يمكن الجمع بين الأخبار بملاحظة هذه الرواية حيث إنّها دالة على أنّ المعتبر في العدّة هو الحيضة والطهر التامان ، أمّا دلالتها على اعتبار الطهر التام فالتوصيف بقوله عليه السلام « تامة » . و أمّا دلالتها على اعتبار الحيضة التامة فمن جهة قوله يستقبل بها حيضة فإنّه لو كانت الحيضة الناقصة كافية في العدّة لم يكن وجه لقوله عليه السلام « يستقبل بها حيضة » بعد فرض الرأوي وقوع هبة مدّتها في أثناء حيضتها كما لا يخفى ، و من المعلوم أنّ الحيضة والطهر التامين لا ينفكان غالباً من الطهرين أو الحيضتين إذ وقوع الهبة مدّتها أو انقضائها مقارنة للآن المتصل بزمان حيضها أو للآن المتصل بزمان طهرها في غاية الندرة بل انقضاء مدّتها أو هبتها يكون غالباً ، أمّا في أثناء حيضها أو أثناء طهرها فإن كان في أثناء حيضها فيقع الطهر التام من عدّتها بين الحيضتين إحداهما الحيضة التي وهبت مدّتها فيها والأخرى الحيضة التامة التي تكون من عدّتها و إن كان في أثناء طهرها فيقع الحيضة التامة من عدّتها بين الطهرين أحدهما

(١) المصدر ج ٥ ص ٢٥٨ .

(٢) الوسائل باب ٢٢ من أبواب المتعة تحت رقم ٦ .

الطهر الذي وهبت مدتها فيه والآخِر الطهر التام الذي يكون من عدتها ، وحينئذ
 فيمكن حمل ما دل على اعتبار الطهرين أو اعتبار الحيضتين على ما هو الغالب من عدم
 انفكاك الحيضة التامة عن الطهرين ، و عدم انفكاك الطهر من الحيضتين .

و يمكن أن يقال : ظاهر السؤال أن السائل كان كفاية الحيضة مفروغاً عنها
 عنده والترديد كان في كفاية الحيضة الناقصة و كان الإمام عليه الصلاة والسلام قرره في
 معتقده و أجاب بلزوم استقبال حيضة أخرى ، ومن التعليل يستفاد على هذا لزوم الحيضة
 أو الطهر ، و لولا هذا كان التعليل غير ظاهر ، نعم لولا هذه الجهة كان الكلام ظاهراً في
 لزوم المجموع ، و ثانياً لا مجال لهذا الجمع لأن الظاهر من هذا الخبر على التقريب
 المذكور كون العدة محدودة بتحقيق حيضة تامة وطهر تام ، والملازمة الغالبة بينهما
 والطهرين أو الحيضتين لا يجعل كلاً منهما حداً مضافاً إلى أنه لا يجتمع مع التحديد
 بالحيضة الواحدة فالتعارض باق فلا بد من الترجيح أو التخيير الأصولي هذا في صورة
 كون المرأة ذات إقراء ، وأما إذا كانت لا تحيض و لم يكن يائسة فخمس وأربعون كما
 في بعض الأخبار أو شهر و نصف كما في بعضها .

و أما عدة الوفاة لو مات الزوج في أثناء المدة ولو مع عدم الدخول فالمشهور
 أنها أربعة أشهر و عشرة أيام إن لم تكن حاملاً ، و ذهب جماعة إلى أنها شهران و
 خمسة أيام ، واستدل المشهور بعموم قوله تعالى «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً»
 - الآية ، لصدق الزوجة على المتمتع بها . والنصوص الكثيرة منها صحيحة ابن حجاج
 عن الصادق عليه السلام «سأله عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها هل عليها
 العدة ؟ قال عليه السلام : تعتد أربعة أشهر وعشراً ، (١) .

و منها صحيحة زرارة قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام ما عدة المتعة إذا مات عنها
 الذي تمتع بها ؟ قال عليه السلام : أربعة أشهر وعشراً ، قال : ثم قال : يا زرارة كل النكاح
 إذا مات الزوج فعلى المرأة حرّة أو أمة ، و على أي وجه كان النكاح منه متعة

أو تزويجاً أو ملك يمين فالعدة أربعة أشهر و عشراً - الحديث ، ^(١) .
و استدللّ غيرهم بأنّ المتعة كالأمة في حياة الزوج فلا بدّ أن يكون كذلك في
موته و المرسل الحلبيّ عن أبي عبد الله عليه السلام : « سألته عن رجل تزوّج امرأة متعة ثمّ
مات عنها ما عدّتها ؟ قال عليه السلام خمسة و ستون يوماً ، ^(٢) .
و أورد عليهم بأنّ الأوّل لا يخرج عن القياس إلّا أن يراد التمسك بعموم
المنزلة الذي يجب الخروج عنه بما سمعت من الصحيحين ، والمرسل ضعيف بالارسال ومن
جهة السند من جهة أن في السند الطاطريّ الواقفيّ ، و يمكن حمله على ما إذا كانت
أمة كما حمل خبر ابن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام : « عدة المرأة إذا تمتّع بها فمات عنها
خمس و أربعون يوماً ، ^(٣) على موت الزوج في العدة متصلاً بانقضاء الأجل بأن يكون
المراد من قوله « إذا تمتّع بها » هو استيفاء التمتع بها في تمام المدة لإحداث التمتع ،
ولا يخفى الإشكال في هذا الحمل لأنّ العدة على هذا ليس عدة الوفاة فلا حاجة إلى
قيد الموت فإذا كان القيد في كلام الإمام عليه السلام فلا بدّ من مدخليته في الحكم ، وبعبارة
أخرى إن كان الموت قبل انقضاء المدة فحال المرأة حال الدائمة ، و إن كان مقارناً
لانقضاء العدة فالعدة ليست من جهة الموت بل من جهة انقضاء المدة .

وأما عدم صحة تجديد العقد قبل انقضاء الأجل فهو المشهور و يدلّ عليه خبر
أبان بن تغلب « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك الرجل يتزوّج المرأة متعة
فيزوّجها على شهر ثمّ إنّها يقع في قلبه فيحبّ أن يكون شرطه أكثر من شهر فهل
يجوز أن يزيد بها في أجراها و يزداد في الأيّام قبل أن ينقضي أياها التي شرط عليها ؟
فقال : لا ، لا يجوز شرطان في شرط ، قلت : فكيف يصنع ؟ قال عليه السلام : يتصدق عليها

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٩١ والاستبصار ج ٣ ص ٣٥١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٩١ . والاستبصار ج ٣ ص ٣٥١ .

بما بقي من الأيام ، ثم يستأنف شرطاً جديداً ، ^(١) .

واستدل أيضاً بمفهوم الصحيحة « لا بأس بأن تزيدك و تزيدها إذا انقطع الأجل فيما بينكما تقول : استحللتك بأجل آخر برضا منها ، ولا يحل ذلك لفيرك حتى تنقضي عدتها » ^(٢) .

ولا يبعد أن يكون النظر في هذه الصحيحة إلى عدم العدة بالنسبة إلى الزوج بقرينة ذيله « ولا يحل » - إلخ ، من دون تعرض لعدم جواز النكاح قبل انقطاع الأجل ثم إنه مع وجود الدليل الخاص على عدم جواز التجديد قبل انقضاء الأجل لا مجال للتمسك بالعمومات لصحة التجديد قبل الانقضاء لما صرح في بعض الأخبار بأنهن مستأجرات ، ولا ريب في جواز التجديد في الإجارة قبل انقضاء مدّة الإجارة .

﴿ القسم الثالث في نكاح الإماء : والنظر إما في العقد وإما في الملك ، أما العقد فليس للعبد ولا للأمة أن يعقداً نفسيهما نكاحاً ما لم يأذن المولى ، ولو بادر أحدهما في وقوفه على الإجارة قولان ، ووقوفه على الإجارة أشبه ، وإن أذن المولى ثبت في نعمة مولى العبد المهر والنفقة و يثبت لمولى الأمة المهر ، ولو لم يأذن فالولد لهما ، ولو أذن أحدهما كان للآخر ، و ولد المملوكين رقّ لمولاهما ﴾ .

الظاهر أن النكاح في كلامه - قدّس سرّه - ليس المراد منه المعنى المعروف ، فالنكاح بهذا المعنى إما بالعقد أو بالملك أما العقد فليس للعبد ولا للأمة أن يعقدا لأن نفسيهما لأن المملوك غير قادر فعقد المملوك لا يترتب عليه الأثر إلا بإجارة السيد بعد العقد أو بإذنه قبل العقد ، ثم إن قلنا بصحة الفضولي في العقود على القاعدة بحيث لو لحقه الإجارة يترتب عليه الأثر و ليس العقد قبل لحوق الإجارة لغواً كعقد الصبي عند المشهور فالظاهر شمول القاعدة للمقام سواء كان العاقد عبداً أو أمة لعدم كون المملوك مسلوب العبارة كما يظهر من الأخبار ، و إن قلنا بعدم صحة

(١) الكافي ص ٥ ج ٢٥٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٥٨ عن أبي بصير مقطوعاً أو مضمراً .

الفضولي على القاعدة بل يقتصر على الموارد التي دلّ الدليل على الصحة فتعدية الحكم إلى الأمة مشكلة لورود الخبر في خصوص المملوك الظاهر في العبد وهو حسنة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « قال : سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده ؟ قال : ذاك إلى سيّده إن شاء أجاز وإن شاء فرّق بينهما ، فقلت : أصلحك الله إن الحكم ابن عينة وإبراهيم النخعي وأصحابهم يقولون : إن أصل النكاح باطل فلا تحل إجازة السيّد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده فإذا أجاز فهو جائز ^(١) » .

و أمّا الأمة فربما يظهر من الأخبار بطلان نكاحها بغير إذن السيّد منها ما رواه في التهذيب عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الأمة قال : لا يصلح نكاح الأمة إلّا بإذن مولاه ^(٢) » .

ومنها ما رواه في الكافي عن أبي العباس قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تزوّج بغير إذن أهلها ؟ قال : يحرم ذلك عليها وهو الزنا ^(٣) » .

ومنها ما رواه في الفقيه والتهذيب عن أبي العباس البقاي قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يتزوّد الأمة بغير علم أهلها قال : هو زنا إن الله يقول « فانكحوهن بإذن أهلن » ^(٤) » .

ومنها ما رواه في الكافي عن الفضل بن عبد الملك قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تزوّج بغير إذن موالها ؟ قال : يحرم ذلك عليها وهو زنا ^(٥) » .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ والتهذيب ج ٢ ص ٢١٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٩ والاستبصار ج ٣ ص ٢١٩ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ .

(٤) الفقيه في أحكام المالك من كتاب النكاح تحت رقم ٥ . والتهذيب ج ٢

ص ٢١٣

(٥) المصدر ج ٥ ص ٤٧٩ .

و منها رواية الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل تزوج امرأة حرّة فوجدها أمة قد دّلت نفسها له ؟ قال : إن كان الذي ذوّجها إتياء من غير مواليها فالنكاح فاسد ، (١) .

و في رواية سيف بن عميرة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا بأس أن يتمتع الرَّجل بأمة المرأة ، فأما أمة الرَّجل فلا يتمتع إلاّ بأمره ، (٢) .

و يمكن أن يقال : إنّ الاستفادة من حسنة رزارة المذكورة حيث علّل الصحة بعد إجازة السيّد بأنّه لم يعص الله و إنّما عصى سيّده صحة نكاح الأمة مع إجازة السيّد ولا إشكال في أنّه قبل الإجازة لا يرتب الآثار فمباشرة العبد يكون زناً كما لا يجوز في البيع الفضوليّ التصرف في المبيع و يكون تصرفاً في ملك الغير فالأخبار المذكورة في الأمة محمولة على ما يقع قبل الإجازة ، و هذا و إنّ كان خلاف ظاهر الأخبار المذكورة لكنّه بعد ملاحظة إباء العلّة المذكورة في الحسنة عن التخصيص بالعبد يكون أولى و أقرب و إنّ كان رواية الوليد المذكورة تأبى عن هذا إلاّ أنّه لم يظهر اعتبارها من جهة السند و مع اعتبار السند يقع المعارضة .

و أمّا رواية سيف المذكورة فالظاهر عدم عمل الأصحاب بمضمونها . و أمّا ثبوت المهر والنفقة في ذمّة المولى مع الإذن فهو المشهور واستدلّ بأنّ النكاح لما وقع صحيحاً لزم الحكم بثبوت المهر والنفقة و لا محلّ لهما إلاّ ذمّة السيّد لأنّ العبد لا يملك ، و عن الشيخ في المبسوط تعلّق ذلك بكسب العبد لأنّ المهر و النفقة من لوازم النكاح و كسب العبد أقرب شيء إليه فإنّ مصرف الكسب مؤوثة الإنسان و من أهمّها لوازم النكاح .

ولا يخفى الإشكال فيما ذكر للنقض بتعلّق عوض التالف و أرش الجنایات بذمّة العبد و جواز تعلّق المهر بالكسب كما قيل يتعلّق أرش الجنایة برقبة الجاني و مجرد الإذن من المولى لا يوجب تعهده بالمهر والنفقة .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٢ والتهذيب ج ٢ ص ١٨٨ .

نعم ذكر في المقام خبران أحدهما رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال :
 « سأله عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ، ثم أطلع على ذلك مولاه ، فقال :
 ذاك إلى مولاه إن شاء فرّق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما فإن فرّق بينهما فللمرأة
 ما أصدقها إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً وإن أجاز نكاحها فهما على
 نكاحهما الأول - الحديث ، (١) .

والثاني رواية علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام في رجل زوج مملوكاً له
 من امرأة حرّة على مائة درهم ، ثم إنّه باعه قبل أن يدخل بها ؟ قال : فقال : يعطيها
 سيّده من ثمنه نصف ما فرض لها ، إنّما هو بمنزلة دين استدانه بإذن سيّده ، (٢) .
 ويمكن استفادة لزوم المهر على السيّد من الخبر الأوّل من جهة اشتراط عدم
 كون الصداق كثيراً فإنّه لو كان الصداق على العبد وفي ذمّته لم يظهر وجه لهذا
 الشرط . والثاني دلالة على لزوم المهر على المولى ظاهرة من جهة أن ثمن العبد
 للمولى ، والإشكال فيه من جهة ضعف السند مندفع بأنّ في السند من أجمعت العصابة
 على تصحيح ما يصحّ عنه واعتماد المشهور عليه ، ثمّ إنّ لم يظهر حال نفقة الزوجة
 من هذين الخبرين إلا أن يقال : الإذن في الشيء أو إجازته إذن وإجازة في لوائمه
 والمسئلة مشكلة .

وأما ملكيّة المولى لمهر الأمة المزوّجة بإذنه أو بإجازته بعد العقد على المشهور
 فالظاهر أنّه لا خلاف فيها لأنّ المملوكة ومنافعها للمولى والمهر عوض البضع فيعدّ
 المهر من منافعها .

وأما كون الولد لمولى العبد ومولى الأمة إذا تزوّجا بغير إذن المولين فلكون
 الولد نماءً للملكين ولا مزيّة لأحدهما والنسب لاحق بهما بخلاف الحيوانات فإنّ
 الولد فيها ملحق بالأمّ ونماء لها والحكم مشهور لكن الدليل غير واضح .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٨ .

(٢) الفقيه أحكام المالك تحت رقم ١٩ والتهذيب ج ٢ ص ٣٠٥ .

وأما كون الولد للآذن دون غيره فهو ظاهر الاصحاب كما في الرِّياض بل في المسالك الاتفاق عليه ، فإن تم وإلا فلا نص عليه ظاهراً والتعليل بأن الآذن قد أقدم على فوات الولد منه فإن المأذون قد تزوج من اليس برق فينقصد الولد حرّاً بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة لا يتم لأن الآذن قد تنحصر إذنه في وطى المملوكة . وأما كون ولد المملوكين رقاً لمولاهما فلما ذكر من كونه نماء للملكين .

ولو كانا لاثنتين فالولد بينهما بالسوية ما لم يشترطه أحدهما ، وإذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّاً إلا أن يشترط المولى رقبته على تردد ، ولو تزوج الحر أمة من غير إذن مالِكها فإن وطئها قبل الإجازة عالماً فهو زان والولد رق للمولى وعليه الحد والمهر ، ويسقط الحد لو كان جاهلاً بكون المهر ويلحقه الولد وعليه قيمته يوم سقط حياً ، وكذا لو ادّعت الحرّية فتزوجها على ذلك ، وفي رواية يلزمه بالوطى عشر القيمة إن كانت بكراً ونصف العشر لو كانت ثيباً ولو أولدها فكهم بالقيمة ولو عجز يسعى في قيمتهم ولو أبى عن السعي قيل يفديهم الإمام وفي المستند ضعف ، ولو لم يدخل بها فلا مهر .

إذا كان الأبوان لاثنتين فالولد بينهما مع عدم الاشتراط لعدم مزية لأحد المملوكين مع اقتضاء العقد لحقوق الأولاد بهما ، وقد يستظهر عدم المزية من جهة النصوص الواردة في تزوج العبد حرّاً وبالعكس الظاهرة في كون اللّحوق للحرّ منهما من جهة أشرفيّة التي منها يعلم التساوي في اللّحوق بهما مع عدم المزية ويشكل استظهار ما ذكر من تلك الأخبار كما لا يخفى على من لاحظها فالعمدة الشهرة .

وأما صورة الاشتراط فلا خلاف فيها ظاهراً في اختصاص الولد بالمشروط له ، ويدل عليه عموم « المؤمنون عند شروطهم » وليس التملك ممّا يحتاج إلى سبب خاص فلا مانع من حصوله بنفس الشرط . وأما حرّية الولد مع حرّية أحد الأبوين فهي المشهورة للأخبار المستفيضة منها مرسل مؤمن الطاق عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن المملوك يتزوج الحرّة ما حال الولد فقال : حرّقت : والحرّ يتزوج المملوكة ؟

قال : يلحق الولد بالحرية حيث كانت إن كانت الأم حرة اعتق بأمه وإن كان الأب حراً اعتق بأبيه ، (١) .

و منها خبر جميل و ابن بكير في الولد بين الحر والمملوكة ؟ قال : يذهب إلى الحر منهما ، (٢) .

و في خبر جميل أيضاً « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إذا تزوج العبد الحر فولده أحرار ، و إذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار » (٣) .

و منها خبره أيضاً « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحر يتزوج الأمة أو عبد تزوج حرة ، قال : فقال لي : ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حراً إنه يلحق بالحر منهما أيهما كان ، أبا أو أمّا ، (٤) .

و منها ما رواه في الفقيه عن جميل بن دراج في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج بأمة فجاءت بولد ؟ قال : يلحق الولد بأبيه ، قلت : فعبد تزوج بحررة ؟ قال : يلحق الولد بأمه ، (٥) إلى غير ما ذكر .

و في قبالتها أخبار أخر منها ما رواه الشيخ في التهذيب عن أبي بصير قال : « لو أن رجلاً » - وفي الاستبصار رواه عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لو أن رجلاً دبّر جارية ثم زوّجها من رجل فوطئها كانت جاريته و ولدها منه مدبرين كما لو أن رجلاً أتى قوماً فتزوّج إليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم مماليك ، (٦) .

و منها ما رواه الصدوق في الفقيه في الصحيح والشيخ في التهذيب في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل زوّج أمته من رجل و شرط له أن ما ولدت من ولد فهو حر ، فطلقها زوجها أو مات عنها فزوّجها من رجل آخر ما منزلة ولدها ؟ قال : منزلتها ما جعل ذلك للأول وهو في الآخر بالخيار إن شاء أعتق

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ .

(٢) (٤٠٣ و ٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٥) الفقيه في أحكام المماليك تحت رقم ٢٦ .

(٦) المصدر ج ٢ ص ٢٠٩ والاستبصار ج ٣ ص ٢٠٣ .

و إن شاء أمسك ، (١) .

و منها ما رواه في التهذيب ، عن الحسن بن زياد قال : « قلت له : أمة كان مولاهما يقع عليها ثم بداله فزوجه مامنزلة ولدها ؟ قال : بمنزلتها إلا أن يشترط زوجها ، (٢) .
و عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله البصري في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل زوج جاريتة رجلاً و اشترط عليه أن « كل » ولد تلده فهو حر ، فطلقها زوجها ، ثم تزوجه آخر فولدت منه ؟ قال : إن شاء أعتق و إن شاء لم يعتق ، (٣) إلى غير ما ذكر .

ولا يخفى التنافي والتعارض بين الطائفتين والأولى حمل الطائفة الثانية على النقية لأن المشهور بين القدماء العمل بمضمون الطائفة الأولى و لم ينقل الخلاف إلا عن ابن الجنيدي ، و احتمال أن يكون أخذ القدماء من جهة التخيير بعيداً مع كون الطائفة الثانية أصح سنداً بعيداً جداً ، هذا كله مع الاطلاق و عدم الشرط ، وأما مع اشتراط الرقية و إن نسب إلى المشهور صحة الاشتراط و تحقق الرقية ، لكنه مشكل من جهة أنه بعد أخذنا بالطائفة الأولى من الأخبار ومقتضاها حرية الولد يكون الشرط مخالفاً للسنة والشرط المخالف للسنة لا يرتب عليه الأثر ، وما قيل في باب الشرط من أن مخالفة في صورة كون الحكم عن اقتضاء وما لم يحرز المخالفة فمقتضى أصالة عدم المخالفة صحة الشرط محل إشكال لأنه إحالة على أمر غير معلوم غالباً فكيف يمكن استفادة القانون الجامع الكلّي من كلامهم « المؤمنون عند شروطهم » إلا ما خالف الكتاب - الخ ، بل الظاهر منه أنه كل ما خالف الكتاب أو السنة لا يصح ولا يجب الوفاء به من دون حاجة إلى إحراز كون الحكم عن اقتضاء إلا فيما دلّ الدليل عليه .

وقد أورد على القائل بصحة الشرط هنا بأنه لو صح الشرط في المقام لجاز اشتراط الرقية في المتولد من الحرين واجيب بأن المسلم امتناعه تأثير الشرط في رقية المتصف بالحرية بل والمستعد لها مع عدم المقتضى لها غيره كالمتولد من الحرين

(١) النفقة في النكاح و أحكامه تحت رقم ١٣ . والتهذيب ج ٣ ص ٣٠٩ واللفظ له .

(٢ و ٣) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٦ .

فإن رفع اليد من كلٍّ من الأبوين عن مقتضى تأثير إطلاق العقد الشركة مقتضى عدم لحوق المتولد منهما بكلٍّ منهما في الصفة وذلك لا يقتضى الرقبة بل إقصاها نفي حرّيته من حيث التبعية .

أما حرّيته للأصل فهي باقية . لم يرتفع بشيء بخلاف ما نحن فيه فإن رفع اليد عن مقتضى ما أثبتته العقد له من الشركة في الولد مقتضى اختصاص الآخر في النماء فيتبعه في الملك حينئذٍ في الحقيقة صيرورته رقياً بالتبعية لا بالشرط ، وإنما آثار رفع مقتضى الحرّية الذي كان حاصلًا بسبب إطلاق العقد .

و يمكن أن يقال : بعد دلالة الأخبار المذكورة على حرّية المتولد بين الحرّ والمملوك وحكم الشارع بالحرّية لانفهم تحقق اختيار لطرفي العقد في نفي الحرّية وإثباتها حتى يثبتان الحرّية أو نفيان و ما ذكر من أنه لا عقل ولا نقل يقتضى حرّية المتولد بين الحرّ والمملوك على وجه ينافي الشرط المزبور ، يجاب عنه بأنه كفى في المقام الأخبار المذكورة في حرّية المتولد المذكور .

« و لو تزوّج الحرُّ أمة مع عدم إذن مالكتها فإن وطئها قبل الإجازة عالماً فهو زان ، و وجهه واضح إنما الكلام في وجه التقييد بالعلم ، والظاهر أن المراد أن المراد العلم بالحرمة ، و أيضاً قد يقيّد بعدم لحوق الإجازة بحيث لو وطئها قبل لحوق الإجازة ثم تحققت الإجازة ، لم يكن زانياً ، و لازم التقييد الأوّل أنه لو وطئ أجنبية مع احتمال كونها أجنبية لم يكن زانياً ، ويشكل حيث إنه مع عدم المعذورية يكون الوطني محرماً مأمعاقباً عليه ، و قد ذكروا في كتاب الحدود أن الزنا يتحقق مع العلم بالحكم والموضوع ، و حكى عن الشهيد الثاني و سبطه - قدس سرهما - خلافة من جهة عدم المعذورية مع الالتفات والشبهة ، و ما ذكر من التقييد بعدم لحوق الإجازة لا يخفى الإشكال فيه من جهة أن القائل بالكشف في العقد الفضولي ، لا يمكن أن يلتزم بالكشف الحقيقي للزوم المحذورات المذكورة في محله غاية الأمر استفادة الكشف الحكمي ألا ترى أنه لو بيع مال الغير هل يمكن الالتزام بجواز تصرف المشتري من جهة لحوق الإجازة بعد مدّة بل لازم هذا عدم جواز تصرف

المالك حيث إنه في الواقع ملك المشري و يكشف عنه الاجازة و في المقام يلزم حرمة استمتاع المولى من جهة أنها على ما ذكر زوجة الغير في الواقع فمع عدم تحقق الزوجة قبل الاجازة يكون وطئها زناً محرماً ما يوجب الحد و في الأخبار المذكورة التصريح به من دون فرق بين لحوق الاجازة وعدمه .

و أما رقية الولد للمولى فالظاهر عدم الخلاف فيه ، و يمكن الاستدلال بما رواه الشيخ في الصحيح عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام في رجل أقر على نفسه أنه غصب جارية فولدت الجارية من الغاصب قال : ترد الجارية والولد على المغصوب إذا أقر بذلك الغاصب ، ^(١) .

و رواه الكليني كذلك والصدوق (ره) عن الصادق مرسلاً إلا أنه قال فيه « إذا أقر بذلك أو كانت عليه بينة » .

وظاهر الرأية صورة وقوع الزنا بدون وقوع العقد لكنه حيث لا يرتب عليه الاثر يكون كالعدم و مع هذا قد يقع الفرق فإن العقد في العدة يوجب الحرمة الأبدية ، والزنا في العدة غير العدة الرجمية لا يوجب الحرمة الأبدية وقد يعلل الحكم بالرقية بأن الولد نماء ملكه .

و أما الحد والمهر فالحد من وظائف الحاكم إن قلنا بجواز إجراءاته في زمان الغيبة ، و أما المهر فقد يستشكل فيه مع التفات الجارية حيث إنه لا مهر لبغي . و أجيب عن الخبر بعد تسليم صحته بأنه خارج عن محل البحث و أن المراد به الحرية لأن لفظ المهر إنما يقال بالنسبة إلى الحرية وأما عوض بضع الأمة فلا ينفيد الخبر المذكور و هو راجع إلى المولى ، و يشكل ما ذكر بأن المهر ينسب إلى الأمة أيضاً في مقام التزويج و من معاني اللام الاختصاص و يصح أن يقال : مهر الأمة للمولى و إن أبيت فلا بد من إقامة الدليل على استحقاق المولى في هذا المقام شيئاً لأن لازم كون البضع مما يقابل بالمال كسائر المنافع أنه يكون مضموناً إذا كان الأمة في يد الغاصب ولا أظن أن يلتزم به .

و قد يستدل^١ لثبوت العقر من عشر القيمة إن كانت بكرأ و نصفه إن كانت ثيبأ بالصحيحين أحدهما صحيح الوليد بن صبيح عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرّة فوجدها أنّه دلست نفسها له قال : إن كان الذي زوجها إيتاه من غير مواليتها فالنكاح فاسد^٢ قال : قلت : كيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه قال : إن وجدما أعطاها فليأخذه و إن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها و إن كان زوجها إيتاه ولي^٣ لها ارتجع على وليها بما أخذت منه و لمواليها عشر قيمة ثمنها إن كانت بكرأ و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل^٤ من فرجها قال : وتعتد^٥ منه عدة الأمة ، قلت : فإن جاءت منه بولد ؟ قال : أولادها منه أحرار^٦ إذا كان النكاح بغير إذن الموالى ، ^(١) .

والثاني صحيح الفضيل بن يسار « سئل الصادق عليه السلام عما إذا أحل^٧ له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها ؟ قال : لا ينبغي له ، قال : فإن فعل أيكون زانياً ؟ قال : لا و لكن يكون خائناً و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرأ فإن لم يكن فنصف عشر قيمتها ، ^(٢) و يقال : من إطلاق الصحيحين يعلم الحكم في أصل المسئلة و إنه لا مدخلية لبغيها في سقوط حق المولى خصوصاً إذا كانت بكرأ فإنّه ينبغي القطع بثبوت ذلك له ، و احتمال القول بخروجه عن محل^٨ البحث باعتبار كونه جناية على المملوك موجبة لنقصه فزمانه من هذه الحيثية لا من حيث كونه مهراً يدفعه معلومية كون العشر الذي أثبتته الشارع نصفه أرشاً للبكارة و نصفه من حيث الانتفاع بالوطي بقرينة قوله « و إن لم تكن بكرأ فنصف العشر كما هو واضح بأدنى تأمل .

و يمكن أن يقال : أمّا الصحيح الأول فظاهره بل صريحه عدم تحقق الزنا من طرف الزوج و من طرف الأمة المدلّسة لم يظهر منه كونها عالمة بالحرمة حتّى يكون وطئها زناً من طرفها ، ثم^٩ إنه لا ينطبق على القواعد ما فيه من عدم ضمان المهر المأخوذ من الرجل مع إتلاف الأمة أو التلف و يظهر من ذيل الصحيحة أن^{١٠} الأولاد أحرار و على الأمة العدة و من المسلم كما سبق أنّه مع تحقق الزنا من الطرفين يكون الولد

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢١٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ والتهذيب ج ٢ ص ١٨٤ .

رقاً ولا حرمة لماء الزنا حتى تجب العدة فإن المشهور بينهم أنه يجوز تزويج الزانية بدون الاعتداد والحاصل أن المستفاد من الصحيح المذكور أنه مع استحلال الفرج يستحق المولى العشر أو نصف العشر وتجب العدة ، والأولاد أحرار فكيف يمكن استفادة وجوب العشر أو نصف العشر مع تحقق الزنا وعدم وجوب الاعتداد وكون الولد رقاً .
ومما ذكر ظهر الاشكال في الاستدلال بالصحيح الثاني فإنه مع التصريح فيه بعدم تحقق الزنا كيف يستفاد منه وجوب العشر أو نصفه في صورة تحقق الزنا والمسئلة غير خالية عن الاشكال .

و أما سقوط الحد مع الجهل فلا نفي الحدود تدرء من جهة الشبهة ، وقد سبق الاشكال في صورة الجهل مع الالتفات بحيث لم يكن معذوراً ، ومع المعذورية واستحلال الفرج يمكن ثبوت المهر لصحيح الوليد المذكور .

وأما لحوق الولد بأبيه ولزوم قيمته على الأب فيدل عليه موثقة سماعة سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوكة أتت قوماً وزعموا أنها حرة فتزوجها رجل منهم وأولدها ولداً ثم إن مولاهم أقام عندهم البيينة أنها مملوكة أو أقرت الجارية بذلك ، فقال : تدفع إلى مولاهم هي وولدها ، وعلى مولاهم أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمة يوم يصير إليه ، قلت : فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به؟ قال : يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤدّيه ويأخذ ولده ، قلت : فإن أبى الأب أن يسعى في ثمن ابنه؟ قال : فعلى الإمام أن يقتديه ولا يملك ولد حره ^(١) .

وصحيح الوليد صريح في استحقاق الموالى عشر القيمة أو نصف العشر كما أن المستفاد من الموثق المذكور وجوب السعي على الأب إذا لم يجد ومع الإباء يفتديه الإمام عليه السلام ويظهر من كلام المصنف - قدس سره - أن المهر اللازم على من تزوج الأمة غير العشر ونصف العشر ، ولا مجال لإثباته من الصحيح المذكور .

ويمكن أن يستدل له بما ورد في أخبار تزويج المرأة في عدتها جاهلاً من قوله عليه السلام «وإن كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها» سواء كانت الباء للسببية

أو للموضيعة حيث إنه على الثاني مناسبة الحكم والموضوع يقتضي التعميم .
ثم إن ظاهر كلماتهم أن الموطوء شبهة مطلقاً لا تستحق إلا مهر المثل وأورد
بأنه على هذا لابد من رفع اليد عن ظهور تلك الأخبار في المهر المسمى وجعل اللام
للجنس .

ويمكن أن يقال : لا ظهور في المهر المسمى لأن استحلال الفرج يناسب مع
الاستحقاق للمهر في الجملة لا المهر المسمى في العقد الفاسد . هذا ولكنه على فرض
استفادة العموم مما ورد في ترويع المرأة في عدتها لابد من رفع اليد عن عمومه بواسطة
موثق سماعة المذكور مضافاً إلى اشكال سبق من جهة أن التعبير بقوله عَلَيْهَا على المحكي
«فلها المهر» لا يناسب الأمة حيث إن المهر راجع إلى المولى فتأمل .

وأما صورة عدم الدخول فلا اشكال في عدم استحقاق المهر لعدم ما يوجبه .
ولو تزوجت الحرّة عبداً مع العلم فلا مهر وولدها رق ، ومع الجهل يكون
الولد حراً ولا يلزمها قيمته ويلزم العبد مهرها إن لم يكن مأثوناً ويتبع به إذا حررت .
أما عدم المهر فلا نفي مع العلم بعدم الصحة بدون الإذن والاجازة تكون بغير
«ولا مهر لبني» ولخبر السكوني عن الصادق عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : أيما
امراة زوّجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها ولا صداق لها ^(١) » .

وأما رقية الولد فالظاهر عدم الخلاف فيها وقد يعلل بانتفاء الولد عن الحرّة
بالزنا حيث لا يثبت معه نسب فيبقى أصل تبعية نماء المال للمال المقتضى لكون الولد
رقاً للمولى ، فإن تمّ الاجماع فلا كلاماً أما التعليل المذكور فلا يخلو عن الاشكال لأنه لا مجال
لنفي جميع آثار النسب ، ألا ترى أنهم لا يجوزون نكاح ولد الزنا أمه أو أخته أو
خالته وليس إلا من جهة النسب وعلى فرض التسليم لا نسلم كون الولد كله نماء العبد
ألا ترى أنه لو كان الولد بين عبداً وأمة لاثنين يكون الولد بينهما بالسوية ومجرد انتفائه
عن الحرّ لا يوجب اختصاصه بالأمة حتى يصير ملكاً لمولاها ومع الجهل يكون الولد
حرّاً لغلبة جانب الحرّية وعدم انتفاء النسب وإجراء للشبهة مجرى الصحيح ، لكن

ينافي ما ذكره العلاء بن رزين عن الصادق عليه السلام وفي رجل دبّر غلاماً فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم ولم يعلمهم أنه عبد فولد له أولاد وكسب مالاً ومات مولاه الذي دبّره فجاء ورثة الميّت الذي دبّر العبد فطلبوا العبد فما ترى ؟ قال : العبد وولده لورثة الميّت ، قلت : أليس قد دبّر العبد ؟ قال : إنه لما أبق هدم تدبّره ورجع رقاً ^(١) ، إلا أن يستشكل الأخذ به من جهة السند كما في الرّياض من أن في سنده جهالة فليس فيه حجة .

وأما عدم لزوم القيمة عليها فالظاهر عدم الخلاف فيه وقد يوجّه بأن قاعدة النماء في الأمّ دون الأب كما في سائر الحيوانات ولذا غرم الحرّ في إتلاف نماء الأمّ بخلاف الحرّة وفيه إشكال لأنّ هذا مناف لما قالوا بأنّ الولد المتولد من المملوك والمملوكة لمالكين يكون مشتركاً بين المالكين لكونه نماء للمالكين فإنّ تمّ الإجماع وإلا يشكّل .
وأما لزوم المهر على العبد فلاستحالة الفرج ومع عدم كون النكاح بغير إذن المولى وعدم إجازته لا يغرم المولى بل يتبع به إذا تحرّر كما لو أنلف مال الغير .

ولو تسافح المملوك كان فلا مهر والولد رقّ لمولى الأمة وكذا لو زنى بها الحرّ ولو اشترى الحرّ نصيب أحد الشريكين من زوجته بطل عقده ، ولو أمضى الشريك العقد لم يحلّ وطؤها ، وبالتحليل رواية فيها ضعف ، وكذا لو كان بعضها حرّاً أو لوها ياتها مولاه على الزّمان ففي جواز العقد عليها متعة في زمانها تردّد أشبه المنع .

أما عدم المهر فلعدم ما يوجبه فإنّ المهر يجب بالنكاح الصحيح أو باستحلال الفرج ، وأما اختصاص الولد الرّقّ بمولى الأمة فادّعى عليه الاتفاق وعكّل بأنّه نماء الأمة والنسب من جهة الزّمان منتفٍ بالنسبة إلى الأب ، وقد يتمسك بالأخبار المستفيضة المتقدمة الناصة بالحكم في تزويج الأمة المدّعية للحرّيّة أو فحواها إن اختصّت بزويجها من الحرّ ، ولا يخفى الإشكال فيه لعدم العلم بمناط الحكم مضافاً إلى احتمال كون الولد في تلك المسئلة حرّاً يجب أداء قيمته بحيث لو لم يؤدّ القيمة لا يخرج الولد عن الحرّيّة غاية الأمر كون الأب مديناً في ذمّته القيمة ، وما ذكر من كون الولد نماء

لخصوص الجارية مشكل لما ذكر آنفاً .

وأما لو زنى الحرُّ بالمملوكة فالظاهر عدم الاشكال في اختصاص الولد بمالك الجارية فإنَّ الحرَّ لا يملك ابنه .

وأما المهر فلا موجب له لكن قد يقال بثبوت العقر لفحوى الصحيح أغنى صحيح الفضيل المتقدم ولا يخفى الاشكال للتصريح هناك بعدم الزنا والكلام هنا في صورة الزنا .
وأما بطلان العقد باشتراء الزَّوج نصيب أحد الشريكين فيدلُّ عليه موثق سماعة « سأله عن رجلين بينهما أمة فزَّوجاها من رجلٍ ثمَّ إنَّ الرَّجُلَ اشترى بعض السهمين قال : حرمت عليه باشرائه إياها وذلك أنَّ بيعها طلاقها إلا أنَّ يشترىها من جميعهم ولو أمضى الشريك العقد لم يحلَّ وطئها لأنَّ العقد الباطل لا يؤثر فيه الإيماء ومع بقائه على الصحة لم يحتج إلى الإيماء وجواز الوطئ بالتحليل فيه رواية صحيحة في الكافي والتهذيب ^(١) عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام وفي الفقيه عن محمد بن مسلم عنه عليه السلام أيضاً وقد عمل بها جماعة قال « سأله عن جارية بين رجلين دبَّراها جميعها ثمَّ أحلَّ أحدهما فرجها لشريكه ، قال : هي له حلالٌ وأيتهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرّاً من قبل الذي قد مات ونصفها مدبراً ، قلت : إنَّ أراد الثاني منهما أن يمسيها أله ذلك ؟ قال : لا إلا أنَّ يثبت عتقها ويتزوَّجها برضى منها متى ما أراد ، قلت : أليس قد صار نصفها حرّاً وقد ملكت نصف رقبتها والنصف الآخر للباقي منهما ، قال : بلى ، قلت : فإنَّ هي جعلت مولاها في حلٍّ من فرجها وأحلَّت له ذلك ؟ قال : لا يجوز له ذلك قلت : ولم لا يجوز له ذلك وقد أجزت للذي كان نه نصفها حين أحلَّ فرجها لشريكه منها ^(٢) ، قال : إنَّ الحرَّة لا تهب فرجها ولا تغيره ولا تحلُّه ولكن لها من نفسها يوم وللي الذي دبَّرها يوم فإنَّ أحبَّ أن يتزوَّجها متعة في اليوم الذي تملك فيه نفسها فليتمتع منها بشيء قلَّ أو كثر » .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٢ . والتهذيب ج ٢ ص ٣٠٣ والفقيه أحكام المالك تحت

(٢) في التهذيب والفقيه « فيها » .

وهذه الرواية صريحة في جواز الوطى بالتحليل والمنع مع تحرر بعضها وجواز التمتع بها في يومها المختص بها ، ولا مانع عن العمل بها .
 ويستحب لمن زوج عبده أمة أن يعطيها شيئاً ، ولو مات المولى كان للورثة الخيار في الاجازة والفسخ ولأخيار للأمة .

قيل : يجب أن يعطيها شيئاً من ماله لصحيح ابن مسلم عن الباقر عليه السلام سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمة ؟ قال : يجزيه أن يقول : قد أنكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله أو من مولاه ولو مدّاً من طعام أو درهماً ^(١) ، وحسن الحلبي « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : كيف ينكح عبده أمة ؟ قال : يقول : أنكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه ولو مدّاً من طعام أو درهماً أو نحو ذلك » ^(٢) .

وأما استحباب إعطاء المولى الأمة شيئاً فهو المشهور بين المتأخرين ، واستدل عليه بالأصل وعدم تصوّر استحقاقه لنفسه على نفسه من جهة أن مهر الأمة لسيدها وبأن التسامح في الخبرين المزبورين في تقدير المهر أوضح قرينة على الاستحباب بل صراحتها بعدم ذكره مهراً شاهداً آخر عليه أيضاً .

ويمكن أن يقال : ظاهر الخبرين وجوب الإعطاء لأن الإعطاء وقع في سياق الإكاح المذكور . وأما ما استدل به على الاستحباب فالأصل منه كيف يجري مع ظهور الدليل ، وما ذكر من عدم تصوّر استحقاقه - الخ ، إن تمّ يوجب عدم الاستحباب أيضاً والحق أن المملوك يملك فما المانع من ملكية المهر للأمة ؟ ، غاية الأمر محجورية المملوك في التصرف وجواز أخذ المولى منه بل في بعض الأخبار ما يستفاد منه عدم جواز الأخذ منه فيما لو أعطاه شيئاً طلباً لرضاه من جهة ظلم المولى والتسامح في تقدير المهر لا يدل على الاستحباب ألا ترى وقوع التسامح في المهر في المنفعة مع ركنيته فيها ، ثم إن

(١) رواه الصدوق في الفقيه والكليني في الكافي ج ٥ ص ٢٧٩ والشيخ في التهذيب

ج ٢ ص ٢١٢ كلهم بلفظ آخر .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٩ والتهذيب ج ٢ ص ٢١٢ .

الظاهر كونه نكاحاً لا تحليلاً فإن السائل يسأل عن النكاح و قصده النكاح وعدم ذكر القبول لا يدل على عدمه لا يمكن أن يكون عدم الذكر من جهة وضوح حاجة العقد إلى القبول ، و يحتمل عدم الحاجة إلى القبول فيما كان الاختيار المعاهد الولي على الطرفين كالجد للأب في تزويج بنت ابنه ابن ابنه الآخر إن لم يكن الاجتماع على خلافه ، غاية الأمر كون فسخه بيد المولى على ما هو المسلم بينهم إن لم يفسخ المولى وأعتق العبد والأمة يكونان باقين على نكاحهما ويكون الطلاق بيد الزوج ، ولومات السيد كان الخيار للورثة في إمضاء النكاح و فسخه لا انتقال ما كان للسيد إلى الورثة ولا خيار للأمة لبقائها على الرقية .

واستدل على كون الفسخ بيد المولى بما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال : « سألته عن قول الله عز وجل والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكح » قال : هو أن يأمر الرجل عبده وتحت أمته فيقول له : اعتزل امرأتك ولا تقر بها ، ثم يجلسها عنه حتى تحيض ثم يمسه ^(١) ، وقد يستدل بهذا الصحيح على عدم كونه عقداً وكونه إباحة لأن رافع العقد إما الطلاق أو الموت أو تجديد ملك أو عتق مع فسخ المالك أو العتق أو ملة أو نحلة أو عيب كعقلة على قول وماعدى الأول هنا منتف و الأول إن جعل قوله : «اعتزل امرأتك» طلاق لزم أن يكون الطلاق بيد غير الزوج وهو باطل لقوله عليه السلام : «الطلاق بيد من أخذ بالساق» .

ويمكن أن يقال : لا محذور في كون أمر المولى بالاعتزال فسخاً ، غاية الأمر تخصيص ما دل على انحصار أسباب الفسخ فيما ذكر ، والشاهد على كونه عقداً هو أنه لو لم يفسخ المولى وبقياً على نكاحهما واعتقا يترتب على نكاحهما الآثار من الإرث والنفقة واحتياج التفريق إلى الطلاق ولا أظن أن لا يلتزموا بما ذكر وإن لم أجد نصريحاً به في كلماتهم ، وما ذكر من انحصار أمر الطلاق مناف لما تسالموا عليه ظاهراً في المرأة الغائب عنها زوجها حيث إنه بعد الفحص واليأس يطلق الحاكم ويكون

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨١ . والتهذيب ج ٢ ص ٢١٢ .

طلاقه صحيحاً وإن كان الزوج حياً ، وما ذكر من ثبوت الخيار للورثة محل تأمل لأنّه إن كان من جهة ثبوت الخيار للمولى والخيار موروث كما ثبت في محله فإن كان المدرك الصحيح المذكور فلا يستفاد منه كون ماله من جواز الأمر بالاعتزال حقاً قابلاً للانتقال ، وإن كان من جهة انتقال العبد والأمة إلى الوارث فالصحيح المذكور لا يشمل كل وارث فإن البنت الوارثة ليست مشمولة للصحيح المذكور .

﴿ ثم الطواري ثلاثة : العتق ، والبيع ، والطلاق . أما العتق فإذا أعتقت الأمة تخيرت في فسخ نكاحها وإن كان الزوج حراً على الأظهر ، ولا خيرة للعبد لو أعتق ولا لزوجه ولو كانت حرة ، وكذا تتخير الأمة لو كانا مالكا فأعتقا أو أعتقت ، ويجوز أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها ، ويشترط تقديم لفظ « التزويج » في العقد وقيل : يشترط تقديم العتق ﴾ .

لا خلاف في أن الأمة لو أعتقت وكانت تحت عبد تكون متخيرة في فسخ نكاحها ، ووقع الخلاف فيما لو كانت تحت حراً ولذكر الروايات الواردة .

فمنها ما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة في الموثق قال : « ذكر أن بريرة مولاة عائشة كان لها زوج عبد ، فلما أعتقت قال لها رسول الله ﷺ : اختاري إن شئت أقيمت مع زوجك وإن شئت فلا » (١) .

وما رواه في التهذيب عن عبدالله بن سنان في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام أنه كان لبريرة زوج عبد ، فلما أعتقت قال لها رسول الله ﷺ : اختاري ، (٢) .

وعن محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام أنه قال : « إذا أعتقت الأمة ولها زوج خيرت إن كانت تحت عبد أو حراً » (٣) .

ورواه بسند آخر عن زيد الشحام عن أبي عبدالله عليه السلام مثله .

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن محمد بن مسلم في الصحيح قال : « سألت أبا عبدالله

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٧ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١١ .

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ الْمَمْلُوكَةِ تَكُونُ تَحْتَ الْعَبْدِ ثُمَّ تَعْتَقُ فَقَالَ : تَتَخَيَّرُ فَإِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ عَلَى زَوْجِهَا وَإِنْ شَاءَتْ فَارْقَتْهُ ، (١) .

ومنها ما رواه الشيخ عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله ع قال : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ أُعْتِقْتُ فَأَمَرَهَا بِبَيْدِهَا إِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ وَإِنْ شَاءَتْ فَارْقَتْهُ ، (٢) .

وعن عبد الله بن بكير في الموثق عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله ع في رجل حرَّ نكح أمة مملوكة ، ثُمَّ أُعْتِقْتُ قَبْلَ أَنْ يُطْلَقَهَا قَالَ : هِيَ أَمْلَكَ بِنَفْسِهَا » (٣) .

ومقتضى إطلاق هذا الموثق وصريح رواية محمد بن آدم عدم الفرق بين ما كان الزوج عبداً أو حرّاً ، ومع هذا لا وجه للتقييد بكون الزوج عبداً وذكر العبد في عتق بريرة أو في صحيح محمد بن مسلم لا يدل على التقييد لأن ذكر العبد في الصحيح في كلام الراوي وفي قضية بريرة نقل كلام رسول الله في مورد خاص لا دلالة فيه على التقييد .

وأما عدم الخيرة للعبد لو أُعْتِقَ فلعدم الدليل مع كون بناء النكاح على اللزوم ولا خيرة للزوجة الحرّة أو الأمة لو أُعْتِقَ العبد ويدل عليه خبر علي بن حنظلة عن الصادق ع في رجل زوّج أمّ واد له من عبد فأعتق العبد بعد ما دخل بها يكون لها الخيار ؟ قال : لا قد تزوّجته عبداً ورضيت به فهو حين صار حرّاً أحق أن ترضى به ، (٤) .

وفي خبر أبي بصير عنه أيضاً « في العبد يتزوّج الحرّة ، ثُمَّ يَعْتَقُ فَيَصِيبُ فَاحِشَةً ؟ فَقَالَ : لَا يَرْجَمُ حَتَّى يَوَاقِعَ الْحَرَّةَ بَعْدَ مَا يَنْعَتَقُ ، قُلْتُ : لِلْحَرَّةِ عَلَيْهِ الْخِيَارُ إِذَا أُعْتِقَ ؟ قَالَ : لَا قَدْ رَضِيتَ بِهِ وَهُوَ مَمْلُوكٌ فَهُوَ عَلَى نِكَاحِهِ الْأَوَّلِ ، (٥) .

(١) الفقيه في طلاق العبد تحت رقم ١٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢١١ واللفظ له .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٨٧ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢١١ .

ويكفي أصالة لزوم النكاح ، ومقتضى إطلاق الأخبار المذكورة عدم الفرق في اختيار الأمة المعتقة بين أن تكون هي والعبد لمالكين أو لمالك واحد فأعتقا أو أعتقت نعم على القول باختصاص الخيرة للأمة بصورة كون الزوج عبداً يشكل مع إعتاقها معاً لأن في مرتبة اختيارها يكون زوجها حراً ، وأما جواز تزويج الأمة وجعل صداقها عتقها تدل عليه أخبار منها ما رواه في الكافي عن عبيد بن زرارة في الحسن أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول : إذا قال الرجل لأمنه أعتقتك وأتزوجك وأجعل مهرك عتقك فهو جائز ، (١) .

وعن سماعة بن مهران في الموثق قال : « سألته عن رجل له زوجة وسريّة يبدو له أن يعتق سريته و يتزوجها ، قال : إن شاء اشترط عليها أن عتقها صداقها ، فإن ذلك حلال أو يشترط عليها إن شاء قسم لها وإن شاء لم يقسم ، وإن شاء فضّل الحرّة عليها فإن رضيت بذلك فلا بأس ، (٢) .

و عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن الرجل يعتق الأمة فيقول : مهرك عتقك ؟ فقال حسن ، (٣) .

و عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الأمة فيريد أن يعتقها فيتزوجها أيجعل مهرها عتقها أو يعتقها ثم يصدقها ، وهل عليها منه عدّة ؟ و كم تعتد ؟ وهل يجوز له نكاحها بغير مهر ؟ و كم تعتد من غيره ؟ قال : يجعل عتقها صداقها إن شاء وإن شاء أعتقها ، ثم أصدقها وإن كان عتقها صداقها فإنها لا تعتد ، ولا يجوز نكاحها إذا أعتقها إلا بمهر ، ولا يطأ الرجل المرأة إذا تزوّجها حتى يجعل لها شيئاً وإن كان درهماً ، (٤) .

(١) المصدر ج ٥ ص ٢٧٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٦ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٢٧٥ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٦ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٩٧ .

ثم إنه لا مجال بعد ملاحظة الأخبار الواردة في المقام للاشكال بمخالفة جعل الصداق في التزويج العتق بعدم جواز نكاح المالك أمته وبعدم جواز جعل العتق مهراً و بأنه لا بد من تحقق المهر قبل النكاح و بلزوم الدور لتوقف النكاح على العتق و بالعكس ، و قد يدفع الاشكال بأن العتق لما اقترن بالنكاح لم يتزوج أمته ضرورة كون المسلم منه عدم اجتماع التزويج و الملك و يمنع لزوم تحقق المهر قبل النكاح بل يكفي المقارنة كما أن النكاح يتوقف على اقتران العتق به لا على سبقه .

و يمكن أن يقال : إن كان نظر المستشكل إلى أنه لا بد من وقوع التزويج على غير الملك بحسب القاعدة لا يدفع إشكاله بما ذكر ، و أما ما ذكر من لزوم تحقق المهر قبل النكاح فهو غير مسلم ألا ترى أنه يصح جعل المهر كلياً في الذمة كما يجعل الكلي في الذمة مبيعاً فقبل الجعل لا اعتبار في البين ولا تحقق و بالعقد يصح الاعتبار و له تحقق اعتباري و الذي يسهل الخطب أنه ليس في البين إلا تخصيص القواعد الواصلة من قبل الشرع و لا محذور فيه .

و الذي لزم البحث فيه أنه هل يشترط تقديم لفظ العقد على العتق بأن يقول : أتزوجك و أعتقتك و جعلت عتقك مهرك لأنه لو سبق بالعتق كان لها الخيار في القبول و الامتناع ، و لا يشترط ، لأن الكلام المتصل كالجمله الواحدة ، و يمكن استفادة الاشتراط من خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل قال لأمته أعتقتك و جعلت عتقك مهرك ؟ قال : عتقت و هي بالخيار إن شاءت تزوجت و إن شاءت فلا ، فإن تزوجته فليعطها شيئاً و إن قال : قد تزوجتك و جعلت مهرك عتقك فإن النكاح واقع و لا يعطيها شيئاً ، ^(١) .

و خبر محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام في الرجل يقول لجاريته قد أعتقتك و جعلت صداقك عتقك قال : جاز العتق و الأمر إليها إن شاءت تزوجت نفسها و إن شاءت لم تفعل فإن تزوجته نفسها فأحب له أن يعطيها شيئاً ، ^(٢) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٣ و الاستبصار ج ٣ ص ٢١٠ و قرب الاسناد ص ١٠٩ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٠١ و الاستبصار ج ٣ ص ٢١٠ .

و أُجيب عما ذكر باحتمال ابتناء ما في هذين الخبرين من عدم حصول النكاح بذلك على عدم ذكر صيغة التزويج لا من حيث تقديم العتق عليها لو جاء بهما معاً ، و لا يخفى بعد هذا الاحتمال لأنَّ احتياج التزويج إلى الصيغة ليس أمراً يخفى حتّى يحتاج إلى السؤال و يجاب بما ذكر ، و الشاهد عليه ما في بعض ما في قبال الخبرين المذكورين من صحيح الحلبيّ عن الصادق عليه السلام « سأله عن الرّجل يعتق الأُمة ويقول مَهْرَكَ عَتَقَكَ ؟ قال : حسن » ^(١) .

وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « أيّما رجل شاء أن يعتق جاريته ويجعل صداقتها عتقها فعل » ^(٢) .

و خبر عبيد بن زرارة سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول : « إذا قال الرّجل لامرأة : أعتقتك و أتزوجك و أجعل مَهْرَكَ عَتَقَكَ فهو جائز » ^(٣) .

و قد يقال : تقدّم العتق لفظاً لا يقتضى ترتّب أثره كي يلزم من تقدّمه ثبوت الخيار لها حينئذٍ ضرورة كونه بعض الكلام الذي هو كالجملة الواحدة الممنوع ترتّب أثره قبل تمامه ، ويمكن أن يقال : إذا قال الرّجل ، أعتقتك وأُخِرَ التزويج عن قوله أعتقتك فقد تمّ العتق فوق التزويج على الحرّة بخلاف العكس فكيف تقدّم العتق لفظاً لا يقتضى ترتّب أثره و كونه بعض الكلام و كالجملة الواحدة لانفهمه إلّا أن يكون النظر إلى ارتباطها بالتزويج حيث وقع مهراً نظير بذل الزّوجة مهرها في قبال الخلع فالعمدة الأخبار المذكورة لكن المشهور على الاشتراط و هو الأُحوط ، وقد يقال : إنَّ التحقيق في كون المراد من إطلاق النصّ والفتوى عتق الأُمة صداقتها أنَّ العتق يكون بالاصداق على معنى أنَّ الشارع قد شرع جعل الأُمة نفسها صداقاً في تزويجها فتكون حينئذٍ مالكة نفسها وليست هي إلّا الحرّة فيكون طريقاً مخصوصاً للعتق غير العتق

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٣ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٠٩ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٧٦ .

بأن يجد الصيغة الخاصة بضرورة أن ذلك بعد حصوله بسببه المعد له يقتضي كون الخيار بيدها إن شئت تزوجت وإن شئت لا تزوج ، كما صرح به في الصحيح الأول .
 وخبر محمد بن آدم وعزمه على جعل ذلك بعد حصوله صداقاً لا يقتضي مشروعيته بل هو حينئذ كمن أبرأ ذمة امرأته بصيغة الإبراء ثم أراد أن يجعل ذلك صداقاً لها فإنه غير جائز قطعاً بخلاف ما لو جعل ما في ذمتها صداقاً لها فإنه يكون حينئذ إبراءاً بالصداق نفسه فكذا هنا واستبعاد جعل الإنسان نفسه صداقاً له في غير محله بعد النص .

ويمكن أن يقال : ما ذكر لا يستفاد من النصوص والفتاوي فلاحظ خبر عبيد بن زرارة يقول : « إذا قال الرجل : أعتقتك الخ » وكذا صحيح ابن مسلم وكذا صحيح الحلبي .

وأما ما ذكر من ضرورة أن ذلك الخ ، فهو في صورة تقديم العتق ومع التأخير لا يتوجه ، ومع ترجيح الأخبار الدالة على جواز تقديم العتق نأخذ على خلاف القاعدة من جهة النص ، ولم نعثر على الفتوى المطابق لما ذكر .

﴿ وأُمُّ الْوَلَدِ ﴾ وإن كان ولدها باقياً ولومات جازيعة . وتنعتق بموت المولى من نصيب ولدها ولو عجز النصيب سعت في المتخلف ولا يلزم الولد السعي على الأشبه . وتباع مع وجود الولد في ثمن رقبتها إن لم يكن غيرها .

أما رقية أم الولد فلا إشكال فيها لعدم ما يوجب حرّيتها وإن منع بيعها لأن تنعتق بعدموت السيد من نصيب ولدها إن لم يف في زمان السيد ومع موت الولد لا مانع من بيعها لخروجها عن معرضة الانعتاق ، والأخبار المتعلقة بالمقام منها ما في الكافي عن أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى جارية يطؤها فولدت له ولد أفمات ولدها ، فقال : إن شأوا باعوها في الدين الذي يكون على مولاهما من ثمنها وإن كان لها ولد قومت على ولدها من نصيبه ^(١) .

وعن عمر بن يزيد ، عن أبي الحسن الأول عليه السلام قال : سألته عن أم الولد تباع في الدين قال : نعم في ثمن رقبتها ^(٢) .

وعن عمر بن يزيد في الصحيح قال : « قلت للصادق عليه السلام - كما في الكافي - أوقلت لأبي إبراهيم عليه السلام - كما في الفقيه - « أسألك؟ فقال : سل ؛ فقلت : لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد ؟ قال : في فكاك رقابهن ، قلت : وكيف ذلك ؟ قال : أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدى عنها أخذولدها منها وبيعت فأدّى ثمنها ، قلت : فيبعت فيما سوى ذلك من الدين قال : لا ^(١) .

وفي الكافي عن يونس في أم ولد ليس لها ولدعات ولدها ومات عنها صاحبها ولم يعتقها هل يحل لأحد تزويجها ؟ قال : لا هي أمة لا يحل لأحد تزويجها إلا بعق من الورثة ، فإن كان لها ولد وليس على الميت دين فهي للولد وإذا ملكها الوالد فقد عتقت بملك ولدها لها وإن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها وتستسعى في بقية ثمنها ^(٢) .

وفي التهذيب عن أبي بصير قال : « سألت الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولدأفمات ، فقال : إن شاء أن يبيعها باعها وإن مات مولاهما وعليه دين قومت على ابنها فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ، ثم يجبر على قيمتها ، وإن مات ابنها قبل أمه بيعت في ميراث الورثة إن شاء الورثة ^(٣) .

وهذه الأخبار وإن لم يكن في إسناد بعضها صحيح أو توثيق لكن الظاهر عمل الأصحاب بمضمونها ، فيظهر من صحيح عمر بن يزيد عدم جواز بيع أم الولد في غير ثمنها مع عدم وجود مال يؤدى الثمن ، و به يقيد إطلاق خبر عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام حيث يظهر منه جواز بيعها في ثمن رقبتها ولو كان له مال غيرها ، ويشكل حيث إن عدم وجدان مال آخر يؤدى به ثمن رقبة أم الولد نادراً أو يكون الغالب خلافه فكيف ينحو القانون اجيب بالجواز ، فمن هذه الجهة ربما يقع التعارض بين الخبر والصحيح ويظهر من خبر يونس المروي في الكافي بيعها في بقية ثمنها ويظهر من الخبر المذكور جواز بيع أم الولد في ثمن رقبتها حتى في زمان حياة السيد بلا اختصاص بصورة موته

(١) الفقيه باب امهات الاولاد تحت رقم ٦ و الكافي ج ٦ ص ١٩٣ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ و التهذيب ج ٢ ص ٣١٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٣١٣ .

إلا أن يستشكل من جهة السند ، وأما الصحيح المذكور فلا إطلاق فيه للتعبير فيه بقوله **عليه السلام** « على المحكي » ولم يدع من المال ما يؤدّي ثمنه ، حيث إن هذا التعبير يناسب ما بعد الموت .

وأما ما رواه في الكافي والفقيه في الصحيح عن وهب بن عبد ربّه ، عن أبي عبد الله **عليه السلام** « في رجل زوّج أمّ ولد له عبداً له ، ثم مات السيّد ؟ قال : لا خيار لها على العبد هي مملوكة للورثة ^(١) » .

فلم يعمل الاصحاب بظاهره على أن الشيخ رواه عن أبي عبد الله **عليه السلام** « في رجل زوّج عبداً له من أمّ ولد له ولا ولد لها من السيّد ثم مات السيّد - الخ » .
وظهر من خبر يونس المذكور اعتناق الولد بصيرورتها ملكاً لولدها بلا احتياج إلى إعتاقها من ناحية الولد .

وأما عدم وجوب السعي على الولد فلعدم الدليل عليه ولم يظهر من الأخبار المذكورة واحتمال كون لفظ « تستسعى » بالتاء في خبر يونس المذكور « يستسعى » بالياء بعيد مع كون المضبوط بالتاء .

ولو اشترى الأمة نسيئة ولم يترك ما يقوم بثمنها فلا شبه أن العتق لا يبطل ولا يرقّ الولد ، وقيل تباع في ثمنها ويكون حملها كهيئتها لرواية هشام بن سالم .
وأما البيع فإذا بيعت ذات البعل تخير المشتري في الإجازة والفسخ تخيراً على الفور وكذا لو بيع العبد ونحته أمة ، وكذا قيل : لو كان تحته حرّة لرواية فيها ضعف .
محل الكلام في ما ذكر أولاً اشتراء الأمة مع كون ثمنها ديناً ثم تزوّجها وجعل المهر عتقها ثم إيلادها ، فالمحكي عن الشيخ وابن البرّاج والجنيد بيع الأمة في الدين وعود الولد بالرّقبة كأتمه لرواية هشام بن سالم صحيحة عن الصادق **عليه السلام** في موضع من التهذيب ^(٢) وفي آخر ^(٣) عن أبي بصير عنه **عليه السلام** قال : « سئل وأنا حاضر

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٣ . والفقيه باب أمهات الاولاد تحت رقم ٢ ، واللفظ له .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٣١١ .

(٣) المصدر ج ٢ ص ٣٠٣ .

عن رجل باع من رجل جارية بكرةً إلى سنة فلمّا قبضها المشتري اعتقها من الغد و تزوّجها وجعل مهرها عتقها ، ثمّ مات بعد ذلك بشهر ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : إن كان الذي اشتراها إلى سنة له مال أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فإنّ عتقه ونكاحه جائز ، وإن لم يملك مالاً أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها كان عتقه ونكاحه باطلاً لأنّه عتق ما لا يملك وأرى أنّه أرق لمولاه الأول ، قيل له : وإن كانت علفت من الذي أعتقها وتزوّجها ما حال ما في بطنها ؟ فقال : الذي في بطنها مع أمّه كهيتها .

قد يستشكل في سند الرواية من جهة اشتراك أبي بصير حيث إنّ هشام بن سالم تارة يروي عن الصادق عليه السلام وأخرى عن أبي بصير المشترك بين ليث المرادي و يحيى بن قاسم الاسدي والأوّل وإن كان ثقة إلا أنّ الثاني لا دليل على توثيقه ، وثانياً يكون مضمونها مخالفاً للقواعد المسلمة فيشكل الأخذ بمضمونها بتخصيص القواعد المسلمة من وقوع التزويج والعتق من أهلها وفي محلّها وحرّية الولد لنشوء بين حرّتين فيتبعهما . وقال بعض الفقهاء : وقد ورد في رواياتنا أنّهم عليه السلام أمرونا بعرض ما يرد علينا من أخبارهم بسائر أحكامهم ، ثمّ قبول ما وافقها وطرح ما خالفها . و أمّا البيع فإذا بيعت ذات البعل تخير المشتري في الفسخ والإجازة للأخبار المستفيضة .

منها ما رواه في الكافي في الصحيح إلى الحسن بن زياد وهو مشترك بين الثقة وغيره قال « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية يطؤها فبلغه أنّ لها زوجاً قال : يطؤها وإنّ بيعها طلاقها وذلك أنّهما لا يقدران على شيء من أمرهما إذا بيعا^(١) . وعن عبد الرّهمن بن أبي عبد الله في الصحيح أو الحسن قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تباع ولها زوج فقال صفقتها طلاقها^(٢) » .

وعن يزيد بن معاوية وبكير في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليه السلام قال : « من اشترى مملوكة لها زوج فإنّ بيعها طلاقها فإن شاء المشتري فرق بينهما

وإن شاء تركهما على نكاحهما^(١) .

ومارواه في الكافي والفقيه عن ابن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال: «طلاق الأمة بيعها أو بيع زوجها ، وقال في الرجل يزوج أمته رجلاً حراً ثم يبيعها ، قال: هو فراق فيما بينهما إلا أن يشاء المشتري أن يدعهما^(٢) » .

فالأولى ترك نقل هذه الرواية .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن عبيد بن زرارة في الموثق قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن الناس يروون أن علياً صلوات الله عليه كتب إلى عامله بالمدائن أن يشتري له جارية فاشتراها وبعث بها وكتب إليه أن لها زوجاً؟ فكتب إليه علي عليه السلام أن يشتري بضعها ، فاشتراه؟ فقال : كذبوا على علي عليه السلام أعلي يقول هذا^(٣) » .

ومارواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : «طلاق الأمة بيعها^(٤) » .

وما رواه في الفقيه عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «إذا بيعت الأمة ولها زوج فالذي اشتراها بالخيار إن شاء فرق بينهما وإن شاء تركها معه ، فإن هو ترك معه فليس له أن يفرق بينهما بعدما رضى ، قال : وإن بيع العبد فإن شاء مولاه الذي اشتراه أن يصنع مثل الذي صنع صاحب الجارية فذلك له وإن هو سلم فليس له أن يفرق بينهما بعد ما سلم^(٥) » .

ثم لا يخفى أن التعبير بأن يبيعها طلاقها لا يراد منه ظاهره بل المراد تخيير المشتري بين الفسخ والاجازة بقرينة الجمع بين الأمرين في بعض الاخبار المذكورة ، لكن الأقرب أن يكون الزوج ممنوعاً عن معاملة الزوجية قبل اختيار المشتري أحد الأمرين من الفسخ و الامضاء إلا أن يقال : لعله من قبيل المطلقة بالطلاق الرجعى حيث إن

(١) الكافي ج ٥ ب ٢٨٣ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٢١٠ .

(٥) المصدر باب طلاق العبدتحت رقم ١١ .

المرأة لم تخرج عن الزوجية ، ويؤيد هذا قوله عليه السلام في خبر أبي الصباح المذكور «إن شاء فرّق بينهما وإن شاء تركها معه ، حيث يظهر منه أنه بالتفريق يحصل الفراق ومع عدم التفريق من المشتري هما باقيان على نكاحهما .

وأما الفورية فلم يظهر وجهها من الأخبار المذكورة بل لا يبعد استفادة التراخي فإن هذه الأخبار يشمل ما وقع من بيع الأمة المزوجة ، والجهل بالفورية ليس عندنا فمع شمول دليل التخيير صورة وقوع بيع المزوجة يستفاد التراخي فلا حاجة إلى استصحاب الخيار حتى يستشكل جريانه من جهة دليل لزوم النكاح والأخذ بالقدر المتيقن في التخييص أو التقييد أو من جهة الاشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية . نعم مقتضى بعض أخبار الباب مع الرضا بالعقد بقاء النكاح لا خيار ، هذا ولكن ادعى الاجماع على فورية الخيار .

وأما صورة تزوج العبد مع الأمة وبيعه فمقتضى رواية أبي الصباح الكناني فيها ثبوت الخيار للمشتري ويدل عليه أيضاً رواية الحسن بن زياد المذكورة .
وأما صورة تزوجه مع الحرّة فمقتضى ما ذكر أيضاً ثبوت الخيار لمشتري العبد مضافاً إلى خبر محمد بن علي ، عن أبي الحسن عليه السلام «إذا تزوج المملوك حرّة فللمولى أن يفرّق بينهما فإن زوجه المولى حرّة فله أن يفرّق بينهما» ^(١) إذ ليس له التفريق إلا بالبيع حيث إن الطلاق بيد العبد على المعروف ولعل مراد المصنف قدس سره في قوله «لرواية فيها ضعف» هذا الخبر ولكنه لا يحتاج في الاستدلال إلى هذه الرواية بخصوصها .

ولو كانا لمالك فباعهما لاثنتين فلكلّ منهما الخيار ، وكذا لو باع أحدهما لم يثبت العقد ما لم يرض كل واحد منهما . ويملك المولى المهر بالعقد . فإن دخل الزوج استقر ، ولا يسقط لو باع . أما لو باع قبل الدخول سقط . فإن أجاز المشتري كان المهر له لأن الإجازة كالعقد .

أما صورة كون العبد والأمة لمالك فبإيهما لاثنين فلا إشكال ولا خلاف في ثبوت الخيار للمشتريين بمقتضى الأخبار المذكورة ، ويقع الإشكال في نحو اختيارهما نظير الإشكال في الخيار الموروث ، فظاهر المتن أن ثبوت العقد منوط برضى المشتريين فلو رضى أحدهما ولم يرض الآخر لم يثبت العقد فله الفسخ ويشكل من جهة أنه لم يحرز كون هذا الاختيار حقاً أو حكماً وعلى كلا التقديرين لادليل على قبول التجزية فمع فسخهما لإشكال وكذا مع الإمضاء ، ومع الاختلاف لا يبعد التمسك بمادل على لزوم العقد وعدم حصول التفريق بفسخ أحدهما .

وأما صورة بيع أحد المملوكين فقد يقال فيها بثبوت الخيار للبائع والمشتري ، وإثباته لهما بالأخبار المذكورة مشكلاً فإن التعبير في الأخبار بأن يبيعها طلاقاً فسر بتخيّر المشتري بين الفسخ والإجازة إلا أن يتمسك بذيل رواية الحسن بن زياد أعني قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكي "وذلك أنهما لا يقدران - الخ ، بأن يقال كما أن الأمة لا تقدر على بقائها على الزوجة للعبد إلا باذن جديد كذلك العبد لا يقدر على بقائه على الزوج إلا باذن جديد لكن هذا مبني على شرطية بيع كل من الأمة والعبد في الحاجة إلى إذن جديد بالنسبة إلى العبد والأمة ، وأما إذا كان شرطية بيع كل منهما في حاجه خصوص البيع إلى إذن جديد ومن المعلوم أنه مع خروج المبيع عن سلطنة البائع من جهة البيع لا مدخلية لاذنه فيختص الخيار بالمشتري .

والمعروف ملكية المولى للمهر إذا زوج أمته لأنه عوض البضع الذي هو ملك المولى فمع دخول الزوج استقر المهر و ثبت للمولى ولا يسقط بالبيع الواقع بعده سواء أجاز المشتري وسواء قبض البائع شيئاً من المهر أم لا ، والوجه فيه أن الدخول موجب لاستقرار المهر في الحرية حتى لو طلق الزوج والحال هذه لم يسقط من المهر شيء فالبيع أولى ، وبالجمله قد ثبت بالأدلة استقرار المهر ، وسقوطه بالبيع يحتاج إلى دليل وليس فليس ، وإن كان البيع قبل الدخول فظاهرهم سقوط المهر وعدم استحقاق المولى له فإن أجاز المشتري لزم المهر فكان له لأن الإجازة كالعقد المستأنف وإن فسخ سقط المهر لأن الفرقه قبل الدخول إذا كانت من قبل المرأة توجب سقوطه وهي هنا من المالك

للبيع فيكون بمنزلة المرأة كما لو كان من قبلها ويمكن أن يقال لانسلم كون المهر في قبالة البيع ألا ترى أنه مع تزويج الصغيرة التي ليست قابلة للاستمتاع يجب المهر بموتها نصفه أو تمامه حسب اختلاف الروايات مع أنه ليس في قبالة شيء ، نعم مع استحقاق الأمة المهر يكون المولى مختاراً في التصرف فيه لكونه مالكا لما يملك المملوك بنحو الطولية وتظهر الثمرة في صورة انعقاد المملوك وعدم تصرف المولى في المهر فعلى هذا يكون المهر ملكاً للمرأة المنعتة ، هذا والظاهر أنه خلاف المشهور .

و أما ما ذكر من أنه إذا كان البيع قبل الدخول فظاهرهم عدم استحقاق المولى البايع للمهر الخ فوجهه أنه بعد ما كان الفسخ موجباً لكون العقد الواقع كأن لم يكن فسواء كان المهر عوضاً أو شرطاً خرج عن ملك من ملكه ولا يقاس المقام بالطلاق قبل الدخول أو الموت قبله ولا بالفسخ بعد الدخول لما دل في الطلاق والموت وصورة الدخول على استحقاق المهر وإن كان ظاهر ما دل على ثبوت المهر بالدخول ثبوته لما استعمل فرجها لا المالك ، وأما لو باع السيد قبل الدخول وأجاز المشتري فمقتضى القاعدة كون المهر للمولى الأول البايع لا المشتري لحصول الملكية بالعقد للمولى البايع على المشهور والمفروض إمضاء المشتري وما ذكر من أن الإجازة كالعقد لم يظهر وجهه .

﴿وأما الطلاق فإذا كانت زوجة العبد حرة أو أمة لغير مولاه فالطلاق بيد مولى لمولاه إجباره ولو كانت أمة لمولاه كان التفريق إلى المولى ولا يشترط لفظ الطلاق﴾ .
أما صورة كون زوجة العبد حرة أو أمة لغير مولاه بعدما كان التزوج بآذن المولى ابتداءً أو استدامة ففيها الطلاق بيد العبد على المشهور للنبي «الطلاق بيد من أخذ بالساق» وخبر ليث المرادي «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه ؟ فقال : إن كان أمتك فلا ، إن الله عز وجل يقول «عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء» وإن كان من قوم آخرين أو حرة جاز طلاقه (١)» .

والكناني عنه أيضاً «إذا كان العبد وامرأته لرجل واحد فالمولى يأخذها إذا شاء وإذا شاء ردها وقال : لا يجوز طلاق العبد إذا كان هو وامرأته لرجل واحد إلا أن يكون

العبد لرجل والمرأة لرجل و تزوجها بإذن مولاه و إذن مولاهما فإن طلق و هو بهذه المنزلة فإن طارقه جائز^(١) .

وخبر عبدالله بن سنان في الموثق عنه أيضاً « سأله عن رجل تزوج غلامه جارية حرّة فقال : «الطلاق بيد الغلام ، فإن تزوجها بغير إذن مولاه فالطلاق بيد المولى^(٢) » .
وخبر أبي بصير « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يأذن لعبد أن يتزوج الحرّة أو أمة قوم ، الطلاق إلى السيد أو إلى العبد ؟ قال : الطلاق إلى العبد^(٣) » .

وعن عليّ بن يقطين في الموثق عن العبد الصالح عليه السلام قال : « سأله عن رجل تزوج غلامه جارية حرّة ، فقال : الطلاق بيد الغلام ، و سأله عن رجل زوج أمة رجلاً حرّاً فقال : الطلاق بيد الحرّة^(٤) » .

ومع كون الطلاق بيد العبد ليس للمولى إجباره إلا أن يقال : لا مانع من كون الطلاق بيد العبد للمولى إجباره على الطلاق كإجبار الحاكم المحتكر على بيع الطعام ، لكنّه لا دليل بالخصوص على جواز الإيجاب والمولويّة و العبوديّة لا يقتضيان جواز الإيجاب في كلّ أمر .

وفي قبال هذه الأخبار ما يخالفها منها صحيح البجليّ عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام « في العبد المملوك ليس له طلاق إلا بإذن مولاه^(٥) » .

وصحيح زرارة عنهما عليهما السلام أيضاً « المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيّده ، قلت : فإن كان السيّد زوجّه بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيّد « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ، أليس شيء الطلاق^(٦) » .

وصحيح البجليّ ، عن أبي إبراهيم عليه السلام « سأله عن الرجل يزوّج عبده أمة ثمّ يبدوله فينتزعها منه بطيبة نفسه أيبكون ذلك طلاقاً ؟ قال : نعم لأنّ طلاق المولى

(١) و (٢) و (٣) و (٤) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢١٠ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٠٦ .

(٦) الفقيه باب طلاق العبد تحت رقم ٢ .

هو طلاقها ، ولا طلاق للعبد إلا بأذن مولاه ، ^(١) .

و صحيح العفرقوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سئل وأنا عنده أسمع من طلاق العبد قال : ليس له طلاق ولا نكاح أما تسمع الله يقول « عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » قال : لا يقدر على نكاح ولا طلاق إلا بأذن مولاه ، ^(٢) .

ولا يخفى عدم إمكان الجمع بين الطائفتين و لعل الترجيح مع الطائفة الثانية لموافقة الكتاب .

وقد يرجح الطائفة الأولى من جهة الشهرة والأخصية ، أما الشهرة بحسب الفتوى فليست من المرجحات و أما الأخصية فلم أفهم كيف يكون مرجحة بل مع الأخصية يجمع بين الخاص والعام بالتخصيص وهذا غير ممكن في المقام فإنه لا مجال لحمل الطائفة الثانية على خصوص تزويج العبد أمة المولى لأنه هل للمطلق على الغير الغالب ، مضافاً إلى إباء خبر محمد بن علي عن أبي الحسن عليه السلام قال : « إذا تزويج المملوك حرّة فللمولى أن يفرق بينهما و إن تزويجه المولى فله أن يفرق بينهما ، ^(٣) .

و يظهر مما روى العياشي في تفسيره بسنده فيه عن الحسين بن زيد بن علي ، عن جعفر بن محمد عليه السلام قال : « علي بن أبي طالب عليه السلام يقول : ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ، و يقول : للعبد لا طلاق ولا نكاح ذلك إلى سيده والناس يرون خلاف ذلك إذا أذن السيد لعبده لا يرون له أن يفرق بينهما ، خروج الطائفة الأولى مخرج التقيّة . وأما صورة كون الأمة لمولى العبد فلا إشكال فيها في إن الطلاق بيد المولى والطائفتان من الأخبار متطابقتان بل للمولى التفريق بغير الطلاق .

وبدل عليه صحيح ابن مسلم « سئل الباقر عليه السلام عن قول الله عز وجل « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم » قال : هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمة فيقول : اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسها ، ^(٤) .

(٢١) التهذيب ٢ ص ٢١٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢١٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢١٠ والاستبصار ج ٣ ص ٢٠٦ .

(٣) د د ص ٢١٢ والكافي ج ٥ ص ٤٨١ .

﴿ النظر الثاني في الملك و هو نوعان الأول ملك الرقبة ولا حصر في النكاح به و إذا تزوج أمة حرمت عليه وطءاً ولمساً و نظراً بشهوة مادامت في العقد و ليس للمولى انتزاعها ، ولو باعها تخير المشتري دونه ، ولا يحل لأحد الشريكين وطى المشتركة ، و يجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب و أبنائهم و بناتهم ﴾ .

لا خلاف في عدم انحصار النكاح بملك اليمين في عدد و يدل عليه صحيحة ابن أذينة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت كم يحل من المتعة ؟ قال : فقال : هن بمنزلة الإماء » (١) .

و حسنة إسماعيل بن الفضل ، عن أبي عبد الله عليه السلام فيما أخبر به ابن جريج في أحكام المتعة قال : « ليس فيها وقت ولا عدد إنما هي بمنزلة الإماء » (٢) .

و في حديث أحمد بن محمد بن أبي نصر ، عن أبي الحسن عليه السلام في حديث المتعة حكى زرارة عن أبي جعفر « إنما هي مثل الإماء يتزوج ما شاء » (٣) .

والحكم المذكور مختص بالرجال ، أما النساء فإن الملك فيهن ليس طريقاً إلى حل الوطى ، و روى ابن بابويه في الصحيح ، عن العلاء ، عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة مكنت نفسها عبداً لها أن يباع بصفير منها و يحرم على كل مسلم أن يبيعها عبداً مدركاً بعد ذلك » (٤) .

و روى الكليني الرواية المذكورة بعينها وزاد فيها « أنها تضرب مائة و يضرب العبد خمسين » (٥) .

و أما حرمة وطى المملوكة المزوجة و لمسها والنظر إليها بشهوة فلا خلاف فيها و يدل عليها الأخبار منها خبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : عشر لا يجوز نكاحهن ولا غشيانهن - إلى أن عد منها - أمتك ولها

(٢٠١) الكافي ج ٥ ص ٢٥١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ .

(٤) الفقيه باب احكام المالك والاماء من كتاب النكاح تحت رقم ١٧ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٩٢ .

زوج^١ ، و نحوه الآخر بزيادة « و هي تحته » (١) .

و خبر مسعدة بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام « يحرم من الإماء عشر - إلى أن قال : - ولا أمتك ولها زوج ولا أمتك و هي في عدة » (٢) .

و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل زوّج مملوكته عبده فتقوم عليه كما كانت عليه فرآه منكشفاً أو يراها على تلك الحال فكره ذلك فقال قد منعني أن أزوّج بعض خدمي غلامى لذلك » (٣) .

و صحيح عبيد عنه عليه السلام أيضاً « عن الرجل يزوّج جاريته هل ينبغي له أن ترى عورته قال : لا و أنا أتقى ذلك من مملوكتي إذا زوّجتها » (٤) .

و بعد تسلّم الحكم عند المتشرّعة لامجال للخدشة في دلالة الأخبار، ومع تزويج الأمة بغير عبده لا يجوز له انتزاعها لأنّ الطلاق ليس بيده ولو كان الزوّج مملوكاً لغيره ليس الاختيار بيده ، و مع بيع الأمة يكون الخيار بيد المشتري كما سبق الكلام .

و أمّا عدم حلّية وطى أحد الشريكين فيدلّ عليه موثق سماعة « سأله عن رجلين بينهما أمة فزوّجاها من رجل ثمّ إنّ الرجل اشترى بعض السهمين قال : حرمت عليه بائثرائه إيّاها و ذلك أنّ بيعها طلاقها إلّا أن يشتريها من جميعهم » (٥) .

والمستفاد من هذا الموثق أمران أحدهما بطلان التزويج من جهة اشترائه الجارية ، والثاني عدم كفاية ملكيّة بعض الجارية في حلّية وطىها ولا يبعد استفادة الحكم من الآية الشريفة « والذين هم لفروجهم حافظون إلّا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » بدعوى أنّ الظاهر لزوم مملوكيّة الكلّ لا البعض .

و أمّا جواز ابتياع نوات الأزواج من أهل الحرب و أبنائهم و بناتهم فادّعى

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٢ . والفقيه احكام الممالك تحت رقم ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٨٠ . والتهذيب ج ٢ ص ٣٠٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥٥٥ .

(٤) روى صدره الكليني ج ٥ ص ٢٨٢ وتمامه ٢٨٢ .

الإجماع عليه وعلل بأنهم فيء للمسلمين يجوز استنقاده بكل وجه فالملك المترتب عليه بالاستيلاء حقيقة لا بالابتياح ولازم هذا عدم جواز التصرف فيما أخذ الحربي من المسلم بمثل البيع لأنه ما صار ملكاً له فكيف يجوز أخذه منه ، نعم يمكن الاستدلال لفساد البيع بما دل على عدم تملك الأب لأبنائه وبناته لو كان البائع الأب أما لو كان البائع غير الأب أو كان زوجاً فلا إشكال من هذه الجهة فالأولى الاستدلال بالأخبار .
منها ما رواه الشيخ بإسناده عن ابن بكير عن عبدالله اللحام قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري امرأة الرجل من أهل الشرك يتخذها أمة ؟ قال : لا بأس ، (١) .

و ما رواه الشيخ عن عبد الله بن بكير عن عبدالله اللحام قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل يشتري من أهل الشرك ابنته فيتخذها أمة ؟ قال : لا بأس ، (٢) .
و ما رواه الشيخ عن إسماعيل بن الفضل قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن سبي الأكراد إذا حاربوا و من حارب من المشركين هل يحل نكاحهم و شراؤهم ؟ قال : نعم ، (٣) .

ولو ملك الأمة فأعتقها حل له وطيبها بالعقد وإن لم يستبرئها ولا تحل لغيره حتى تعتد كالحرّة و يملك الأب موطوءة ابنه و إن حرم عليه وطيبها و كذا الابن .

أما جواز الوطى بالعقد بدون الاستبراء ففي بعض الكلمات لا خلاف فيه ظاهراً و يدل عليه الأخبار منها صحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام « في الرجل يشتري الجارية ، ثم يعتقها و يتزوجها هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رجمها ؟ قال : يستبرئ رجمها بحيضة ، قال : قلت : و إن وقع عليها ؟ قال : لا بأس ، (٤) .

و نحوه خبر عبيد (٥) و أبي العباس (٦) عن الصادق عليه السلام و يستفاد من هذا

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٢ .

(٢) (٣) (٤) (٥) (٦) .

(٦٥٥٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٦ والاستبصار ج ٣ ص ٣٦١ .

الصحيح أفضلية الاستبراء كما ذكر في الشرايع .

و يمكن أن يقال مع العلم بوقوع الوطي المحترم لها يشكل الحكم بالجواز و لذا قيّد العلامة و غيره جواز الوطي بغير هذه الصورة مع إيجاب الاستبراء في هذه الصورة فإنّ المستفاد من تتبع الأخبار لزوم الاستبراء ، و لذا اشتهر عدم اختصاص وجوب الاستبراء بمورد الأخبار الدالة عليه فيقيّد بما ذكر ما دلّ بإطلاقه على عدم وجوب الاستبراء .

و أمّا عدم الحلّة للغير بدون الاعتداد فيدلّ عليه صحيح زرارة « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق سرية أله أن يتزوّجها بغير عدة ؟ قال : نعم ، قلت : فغيره قال : لا حتى تعتدّ ثلاثة أشهر » (١) .

و نحوه الصحيح الآخر عنه عليه السلام لكن الظاهر تقييده بصورة عدم العلم بعدم الوطي ، و أمّا مع العلم بعدمه فلا مقتضى للاعتداد ، ومع الجهل وإن كان مقتضى الأصل عدم الوطي لكنّه يمكن إيجاب الاعتداد للاحتياط على خلاف الأصل .

و أمّا جواز تملك الأب موطوءة ابنه و بالعكس مع حرمة الوطي فلا إشكال فيه و قد مضى الكلام فيه في ضمن السبب الثالث في المصاهرة .

﴿ النوع الثاني ملك المنفعة و صيغته أن يقول : أحللت لك وطئها أو جعلتك في حلّ من وطئها . ولم يتعدّهما الشيخ واتسع آخرون بلفظ الإباحة ، ومنع الجميع لفظ العارية ، و هل هو إباحة أو عقد ؟ قال علم الهدى : هو عقد متعة . و في تحليل أمة المملوكة تردّد ، و مساواته بالأجنبي أشبه ﴾ .

المعروف بين الأصحاب صحة تحليل المولى وطئ أمته لغيره قال ابن إدريس .. قدّس سرّه - « إنّّه جائز عند أكثر أصحابنا المحصّلين وبه تواتر الأخبار - انتهى » . و من الأخبار الواردة في المقام ما رواه الكليني والشيخ - قدّس سرّاهما - في الصحيح عن الفضيل بن يسار قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك إنّ بعض

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٥ . و رواه الكليني ج ٥ ص ٢٧٦ من رواية الحلبي عنه

أصحابنا قد روى عنك أنك قلت : إذا أحلّ الرجل لأخيه جاريتته فهي له حلال ؟ فقال : نعم يا فضيل ، قلت له : فما تقول في رجل عنده جارية نفيسة وهي بكر أحلّ لأخيه مادون فرجها أنه أن يقتضها ؟ قال : لا ليس له إلا ما أحلّ له ولو أحلّ له قبله منها لم تحلّ له ما سوى ذلك ، قلت : أرأيت إن أحلّ له مادون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها ؟ قال : لا ينبغي له ، قلت : فإن فعل أ يكون زانياً ؟ قال : لا ، و لكن يكون خائناً و يغرم لصاحبها عشر قيمتها ، و زاد في الكافي « إن كانت بكرأ و إن لم تكن بكرأ فنصف عشر قيمتها - الحديث » (١) .

و ما رواه في الكافي عن أبي بصير - وهو مشترك - قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أحلت لابنها فرج جاريتها ؟ قال : له حلال - الحديث » (٢) .

و في الصحيح عن ضريس بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يحلّ لأخيه جاريتته وهي تخرج في حوائجه ، قال : هي له حلال » (٣) إلى غيرها . و ظاهر الأخبار صحة التحليل بأي صيغة كانت بعد الفراغ عن عدم كفاية مجرد التراضي حيث ادّعى على عدم الكفاية الإجماع ، وقد أجمعوا على الجواز بلفظ التحليل لأنه هو الوارد في النصوص فيصح بقوله : أحلت لك وطئ فلانة ، أو جعلتك في حلّ قاصداً به الإِنْشاء ، و اختلفوا في لفظ الإِبَاحَة و ينبغي الاحتياط كما مرّ الكلام فيه في صيغة النكاح و إن كان مقتضى الأخبار كفاية صدق التحليل باللفظ و لو لم يكن بصيغة الماضي أو كان بالجملة الاسمية بعد المنع عن لفظ العارية .

وأما الكلام في أن التحليل هل هو إباحة أو عقد متعة ؟ و بعبارة أخرى هل هو عقد نكاح أو عقد تمليك منفعة فهو من جهة أن المستفاد من الآية الشريفة « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين و من ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » و يمكن أن يقال : عمومات و إطلاقات الكتاب

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٢ . والكافي ج ٥ ص ٢٦٨ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢٦٨ .

(٣) المصدر ج ٢ ص ١٨٢ .

الكريم قابلة للتخصيص والتقييد ألا ترى قوله تعالى بعد ذكر المحرّمات « وأحلّ لكم ما وراء ذلكم » قد خصّص بالمحرّمات المذكورة في الأخبار و يشكّل اندراج المحلّة له في ما ملكت أيّمانهم فإنّ المحلّل له ما يملك عين المملوكة و كيف يستفاد من تحليل مثلي التقييد واللمس والنظر بشهوة ملكيّة منافع المملوكة مع أنّ لازم هذا تفريم من حبس الجارية المملوكة بهذا المقدار ولاأظنّ أن يلتزم به ، وبعبارة أخرى أمثال ما ذكر لا تعدّ من منافع الجارية بل الوطني أيضاً غاية الأمر دلّ الدليل على العقر بنصف عشر القيمة أو العشر تعبداً .

وأما تحليل المالك أتمه لعبده فيستفاد منه من صحيح عليّ بن يقطين أنّه « سئل الكاظم عليه السلام عن المملوك تحلّ له أن يطاء الأمة من غير تزويج إذا أحلّ له مولاه ؟ قال : لا تحلّ له ، (١) .

و يستفاد جوازه من خبر فضيل مولى راشد « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : لمولاي في يدي مال فسألته أن يحلّ لي ما أشتري من الجوّاري ، فقال : إن كان يحلّ لك أن أحلّ لك فهو حلال ، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال : إن كان أحلّ لك جارية بعينها فهو لك حلال » وإن قال : اشترى منهنّ ما شئت فلا تطأمنهنّ شيئاً إلا ما يأمرك إلا جارية يراها فيقول هي لك حلال » وإن كان لك أنت مال فاشتر من مالك ما بدالك ، (٢) .

و قد تحمل صحيحة عليّ بن يقطين على التقيّة لاعتضاد رواية الجواز بالأخبار الدالّة على جواز تسرّي العبد الجوّاري بأذن المولى منها ما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة عن أحدهما عليه السلام قال : « سألت عن المملوك كم يحلّ له أن يتزوّج قال : حرّتان أو أربع إماء ، قال : ولا بأس إن كان في يده مال » و كان مأذوناً في التجارة أن يتسرّي ما شاء من الجوّاري ويطأهنّ ، (٣) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٢ والاستبصار ج ٣ ص ١٢٨ .

(٢) د د د د

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٧٧ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٨ .

وما رواه في الكافي عن إسحاق بن عمار قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المملوك يأذن له مولاه أن يشتري من ماله الجارية والثنتين والثلاث و رقيقه له حلال ؟ قال : يحد له حداً لا يجاوزه ، ^(١) .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا أذن الرجل لعبده أن يتسرى من ماله فإنه يشتري كم شاء بعد أن يكون قد أذن له ، ^(٢) .
ويمكن أن يقال : يشكل اعتضاد رواية الجواز بما ذكر من الأخبار فإن المال المذكور في الرواية الأولى إن كان للمولى فمجرد الإذن في التجارة لا يوجب حلية وطى الجواري وإن كان للعبد و كان مأنونا في التجارة فلا ربط له بمقامنا ، والرواية الثانية يمكن أن يكون الضمير في من ماله الجارية راجعاً إلى المملوك فلا ربط له بمقامنا و يقرب هذا الاحتمال أنه لا مجال لاحتمال حلية الجارية بمجرد الإذن للمملوك في الإشتراء حتى يحتاج إلى السؤال و على فرض الرجوع إلى المولى يشكل الاكتفاء في التحليل بهذا النحو كان يقول : اشتر جارية و أحلت لك وطئها بل المستفاد من رواية الفضيل المذكورة لزوم التعيين .

و مما ذكر ظهر الإشكال في الاستفادة من الرواية الثالثة نعم لا يبعد حمل صحيح ابن يقطين المذكور على التقية لأن المنع مذهب العامة كما قالوا .
❖ و لو ملكت بعض الأمة فأحلته نفسها لم يصح و في تحليل الشريك ترد والوجه المنع ، و يستبيح ما يتناوله اللفظ ، فلوأحل التقبيل اقتصر عليه وكذا اللمس لكن لوأحل الوطى حل له مادونه ❖ .

أما عدم الصحة في صورة ملكية بعض الأمة وإحلالها نفسها فلما رواه الكليني والشيخ في باب السراري وملك الأيمان في الصحيح عن الحسن بن محبوب ، عن علي بن رثاب ، عن محمد بن قيس قال : سألت أبا جعفر عليه السلام . ورواه الصدوق في الصحيح أيضاً عن الحسن بن محبوب عن ابن رثاب ، عن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن

جارية بين رجلين دبّراها جميعاً ، ثمّ أحلّ أحدهما فرجها لشريكه ؟ قال : هي له حلالٌ وأيتهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرّاً من قبل الذي مات و نصفها مدبرة ، قلت : أرايت إن أراد الباقي منهما أن يمسخها أله ذلك ؟ قال : لا إلا أن يثبت عتقها ويتزوّجها برضا منها متى ما أراد ، قلت : له أليس قد صار نصفها حرّاً وقد ملكك نصف رقبتها والنصف الآخر الباقي منهما ؟ قال : بلى ، قلت : فإن هي جعلت مولاها في حلٍّ من فرجها وأحلّت ذلك له ؟ قال : لا يجوز له ذلك ، قلت : لم لا يجوز لها ذلك وكيف أجزت للذي له نصفها حين أحلّ فرجها لشريكه منها ؟ قال : لأنّ الحرّة لا تحلّ فرجها ولا تعيره ولا تحلّ له و لكن لها من نفسها يوم و للذي دبّرها يوم ، فإن أحبّ أن يتزوّجها متعة بشيء في ذلك اليوم الذي تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشيء قلّ أو أكثر ، ^(١) .

وهذا الصحيح دليل على صحّة تحليل الشريك ولعلّ المنع من جهة ضعف السند بنظرهم لكنّه بعد ملاحظة صحّة السند كما في الحقائق لا مانع من العمل به .

و أمّا استباحة ما يتناوله اللفظ بل ما يشهد الحال بدخوله تحته في الإرادة على حسب غيره من العقود والاقترار فلا صالة الحرمة في ملك الغير بل أصالة الحرمة في النساء ، فلو أحلّ التقبيل اقتصر عليه و كذا اللّمس ، لكن لو أحلّ الوطى حلّ له ما دونه للفهم العربيّ المؤيد بقول الصادق عليه السلام في خبر ابن عطية : إذا أحلّ الرّجل للرّجل من جاريته قبلة لم يحلّ له غيرها ، و إن أحلّ له الفرج حلّ له جميعها ، ^(٢) إلا أن يصرّح بالمنع فيما زاد على ما يتوقف عليه الوطى ومعه يقتصر عليه أيضاً بطلاق النصوص الدّالة على أنّه ليس له إلا ما أحلّ له ، فعن فضيل بن يسار : قلت لأبي - عبدالله عليه السلام : جعلت فداك إنّ بعض أصحابنا قد روى عنك أنّك قلت : إذا أحلّ الرّجل جاريته فهي له حلال ، فقال : نعم يا فضيل ، قلت : فما تقول في رجل عنده جارية له نفيسة و هي بكر أحلّ لأخيه ما دون فرجها أله أن يقتضها ؟ قال : لا ليس له إلا ما أحلّ له منها ولو أحلّ له قبلة منها لم يحلّ له ما سوى ذلك ، قلت : أرايت إن أحلّ

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٢ . والتهذيب ج ٢ ص ١٨٥ و ٣٠٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٨٤ والكافي ج ٥ ص ٤٧٠ .

له مادون الفرج فغلبته الشهوة فاقتضها ؟ قال : لا ينبغي له ذلك ، قلت : فإن فعل يكون زانياً ؟ قال : لا ولكن يكون خائناً ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرأ وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها ، ^(١) .

و في خبر هشام بن سالم و حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام : « في الرجل يقول لامرأته أحلى لي جاريتك فأنى أكره أن تراني منكشفاً فتحلها له ، قال : لا تحل له منها إلا ذاك وليس له أن يمسه ولا أن يبطها » ^(٢) إلى غير ما ذكر .

و يمكن أن يقال : خبر ابن عطية المذكور مع فرض تماميته من حيث السند مخصص للأخبار الدالة على الاقتصار ولا بعد في التخصيص ألا ترى أنه في خبر فضيل لم يحكم بكونه زانياً مع أنه لم يحلل له إلا أنه لا يشمل صورة التصريح بالمنع .

ولو أحل الخدمة لم يتعرض للوطى و كذا لا يستبيح بتحليل الوطى ، وولد المحللة حرً فإن شرط الحرية في العقد فلا سبيل على الأب وإن لم يشترط ففي إلزامه قيمة الولد روايتان أشهرهما أنها لا تلزم ، ولا بأس أن يطاء الأمة وفي البيت غيره ، وأن ينام بين الأمتين ، و يكره في الحرائر ، و كذا يكره وطى الفاجرة و من ولدت من الزنا .

مقتضى القاعدة والأخبار الاقتصار بما أحل المولى فمع إحلاله لخصوص الخدمة ليس لمن أحل له الخدمة التجاوز ، كما أنه مع تحليل الوطى ليس له الاستخدام لأنه تصرف في ملك الغير بدون إذن المالك ، وخبر ابن عطية ظاهر فيما يكون مرتبطاً بالوطى من مقدّماته .

وولد المحللة حرً مع حرّية من أحلت له ويدل عليه عموم الأخبار الدالة على تبعية الولد للحر من الأبوين وخصوص صحيح زرارة قال للباقر عليه السلام : « الرجل يحل لأخيه جاريتة قال : لا بأس به قال : قلت : فإنها جاءت بولد ، قال : ينضم إليه ولده ويرد الجارية إلى صاحبها ، قلت : إنه لم يأذن له في ذلك ؟ قال : إنه قد أذن له وهو لا يأمن

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ و التهذيب ج ٢ ص ١٨٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٩ و التهذيب ج ٢ ص ١٨٢ .

(۵) ، ، ، ، ، ص ۱۲۰ .

إلى التزويج يمكن فيه الأخذ بإطلاق الجواب بناء على أن وجود القدر المتيقن في التغاطب لا يضر بالاطلاق .

وأما جواز وطئ الأمة و في البيت غيره فيدل عليه صحيح ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام « في الرجل ينكح الجارية من جواربه و معه في البيت من يرى ذلك و يسمعه ؟ قال : لا بأس ^(١) » .

ولعل نظر السائل إلى الكراهة و إلا فمن المقطوع عدم الحرمة ولا يبعد خفة الكراهة في مورد السؤال بملاحظة ماورد من النهي عن الوطئ و في البيت صبي . والخبر « لا يجمع الرجل امرأته ولا جاريته و في البيت صبي ^(٢) » .

وأما جواز أن ينام بين أمتين فلم يرسل ابن أبي نجران « ان أبا الحسن عليه السلام كان ينام بين جارين ^(٣) » .

والمشهور كراهته بين الحرّتين ولم يظهر وجهها سوى الشهرة بين الأصحاب مع أن في الخبر « لا بأس أن ينام الرجل بين أمتين و الحرّتين إنما نساؤكم بمنزلة اللب ^(٤) » .

وأما كراهة وطئ الفاجرة و من ولدت من الزنا فاستدل عليها بمخالفة ظاهر الآية الشريفة « الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك » وخبر الحلبي عن الصادق عليه السلام « سأله عن الرجل يكون له الخادم و لذناً عليه جناح أن يطأها ؟ قال : لا وإن تنزّه عن ذلك فهو أحب إلي ^(٥) » .

و يلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة الأولى في العيوب والبحث في أقسامها و

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩٩ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٦٠ و التهذيب ج ٢ ص ٢٤٩ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ .

أحكامها : عيوب الرُّجل أربعة : الجنون ، والنخاء ، والعنن ، والجب .
 أمّا الجنون فلا خلاف في كونه من عيوب الرُّجل في الجملة ويدلُّ عليه ما رواه
 المشايخ الثلاثة عن علي بن أبي حمزة قال : «سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن المرأة يكون لها زوج
 وقد أُصيب في عقله بعد ما تزوّجها أو عرض له جنون فقال : لها أن تنزع نفسها منه إن
 شاعت^(١) » ، قال في الفقيه بعد أن أورد هذه الرواية : « و روي في خبر آخر إن بلغ
 الجنون مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرّق بينهما وإن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة
 معه فقد ابتليت^(٢) » .

و ادّعى الإجماع على أن الجنون قبل العقد موجب للخيار للمرأة سواء كان
 بعد لا يعرف أوقات الصلاة أولاً وعلى هذا يختصّ التفصيل بصورة عروض الجنون بعد
 العقد كما هو المستفاد ممّا عن الفقه الرضوي حيث قال عليه السلام «إذا تزوّج
 رجل فأصابه بعد ذلك جنون فبلغ به مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرّق بينهما فإن عرف
 أوقات الصلاة فلتصبر المرأة فقد ابتليت » .

وقد يقال : إن اختصاص هذا التفصيل بما إذا تجدد الجنون بعد العقد إنما يستقيم
 فيما إذا كان الدّليل على الفسخ به مطلقاً في السابق والمقارن هو الإجماع وأما لو كان
 الدّليل عليه هو إطلاق صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل يتزوّد إلى
 قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبيّنوا له قال : لا يردُّ إنما يردُّ النكاح من البرص
 والجذام والجنون والعقل - الخبر »^(٣) أو كان الدّليل رواية علي بن أبي حمزة التي رواها
 المشايخ الثلاثة المذكورة فلا وجه لاختصاص التفصيل بالمتجدّد بل يعمُّ السابق والمقارن
 ثمّ وجه دلالة هذه الرواية مع أن السؤال فيها عن الجنون العارض بعد العقد بمناسبة

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥١ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ . والفقيه في كتاب الطلاق

باب الشقاق تحت رقم ٣ .

(٢) المصدر باب الشقاق تحت رقم ٢ .

(٣) الفقيه باب ما يرد منه النكاح تحت رقم ٢ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ والاستبصار

ج ٣ ص ٢٤٧ . والكافي ج ٥ ص ٢٠٦ .

الحكم والموضوع فإنها قرينة على أن المراد من الجنون هو المطلق الشامل للسابق والمقارن أيضاً وأن التقييد بما بعد العقد إنما هو لعدم صحة العقد في حال الجنون فيما كان العاقد هو المجنون وندرة وقوعه في هذا الحال لو كان العاقد هو الولي فالتقييد بما بعد العقد محمول على الغالب فلا يكون تقييداً في أصل الحكم ولا في موضوعه سيما مع وقوعه في كلام السائل لا الإمام وضعف السند منجبر برواية المشايخ الثلاثة وكون الرواية معمولاً بها بين الأصحاب .

ويمكن أن يقال لا مجال لاستفادة الإطلاق من جهة المناسبة المذكورة لأن المناسبة تقتضي عدم الفرق بين الجنون البالغ إلى الحد المذكور وغير البالغ فكما قيد بملاحظة المرسل بالحد المذكور تعبداً أمكن التقييد بما بعد العقد تعبداً ، وعدم الإطلاق كاف فلا نحتاج إلى التمسك بالمحكى عن الفقه الرضوي حتى يستشكل من جهة عدم إحراز انتسابه إلى الرضا صلوات الله عليه .

وأما الاستدلال بصحيفة الحلبي المتقدمة للإطلاق فيشكل من جهة احتمال ما فيه من قوله عليه السلام على المحكي « لا يرد إنما يرد » - الخ ، مفرداً بالصيغة المبني للفاعل فيرجع الضمير إلى الرضا جل لا بصيغته المبني للمفعول حتى يؤخذ بإطلاقه ، ثم إن ظاهر الأصحاب الاتفاق على أن هذا الخيار على الفور ولعله من جهة كونه على خلاف الأصل أعني أصالة اللزوم من جهة عموم « أو فوا بالعقد » ومادلاً على أن عقد النكاح لا يقبل الإقالة ولا يصح جعل الخيار فيه فيجب الاقتصار على القدر المتيقن فلو علمت بالعيب ولم تتبادر بالفسخ سقط خيارها والتأخير من جهة الجهل بالموضوع أو الحكم صريح جماعة بعدم إسقاطه للخيار ، واستشكل بأن الخيار حق واقعي لا يدور مدار العلم والجهل وهو في الواقع لا يخلو عن كونه معمولاً إما على نحو الفورية أو نحو الإطلاق إذ الإهمال بحسب الواقع لا يتصور فلو كان في الواقع مطلقاً فكيف يحكم بلزوم العقد بمجرد علمها بالعيب والخيار ولو كان مقيداً فكيف يحكم ببقائه مع الجهل مع أن القول بالفورية واختصاصه بمقدار التمكّن مستلزم إما للدور أو الجمع بين اللحاظين لأن التمكّن من أعمال الخيار يتوقف على العلم بالموضوع والحكم بالعيب والخيار

فلا بدّ من تقييد الخيار بما بعد حصول العلم بهما فإن كان المراد التقييد بهما ثبوتاً يلزم الدّور وإن كان المراد التقييد بذلك بقاء بحيث يكون وجوده بقاء مفهوماً بما بعد حصول العلم يلزم أن يكون العلم بالحكم مأخوذاً في غاية الحكم وهو مستلزم للجمع بين اللّحاظين لحاظ إنشاء الحكم ولحاظ الفراغ عنه في إنشاء واحد لأنّ العلم بالحكم يتوقف على الفراغ عن إنشائه فإذا أخذ العلم به غاية له في مرحلة الإينشاء لزم الجمع بين لحاظ إنشاء الحكم ولحاظ الفراغ عنه .

ثمّ تفصّل عن هذا الإشكال بما ذكر في فوريّة خيار الغبن من أنّ الجعل والإينشاء وإن تعلّق واقعاً بالخيار مجرّداً عن ملاحظة الزّمان ولم يكن الزّمان ملحوظاً فيه في مقام الجعل لا بنحو الإطلاق ولا بنحو التقييد بمقدار التمكن من الأعمال لكنّه لما كان موضوعه معنوياً بعنوان كان عدم مبادرة ذي الخيار بإعماله بالفسخ مع علمه بالخيار والغبن موجباً لسقوط تلك الخصوصيّة و العنوان .

توضيح ذلك أنّ عموم « أوفوا بالعقود » وشموله للبيع الغبنيّ لما كان مستلزماً للزومه على الغابن وكان لزومه عليه موجباً لتضرّره جعل الشارع حقّ الخيار بدليل لاضرر لثلا يقع في الضرر من قبل حكم الشارع بلزوم العقد فالموضوع الضرر الآتي من قبل الشارع لولا حكمه بالخيار ومن المعلوم أنّ هذا الموضوع لا يقتضي ثبوت الخيار إلّا في مقدار من الزّمان يتمكّن فيه من دفع الضرر بالفسخ ، وأمّا ثبوته في الزّماند عليه فهذا الموضوع لا يقتضاء بالنسبة إليه فيقال في المقام إنّ الظاهر من قوله ﷺ في خبر علي بن حمزة « إن تنزع نفسها منه » هو أنّها حيث ابتليت بهذه البليّة ولم تتمكّن من التخلص جعل لها الخيار فالموضوع الذي حكم عليه بالخيار هي المرأة العاجزة ومن المعلوم أنّها بعد علمها بثبوت الخيار لها لو تسامحت ولم تبادر إلى الفسخ لا يكون عجزها مستنداً إلّا إليها ، وإن أبيت مع ذلك عن تخصيص هذا الخيار بخصوص الزّمان الأوّل من جهة بطلان دليله وعدم ما يوجب تخصيصه لأنّ مجرّد تأخيرها إعمال الخيار ليس رضا منها بالعقد مطلقاً كي يوجب استناد العجز عن التخلص إليها في الزّمان الثاني فنقول : إنّ من قيام الإجماع على لزوم العقد فيما لو أخّرت الفسخ مع علمها باليب والخيار يستكشف

أن من مسقطات هذا الخيار هو الرضا بالعقد ولو في آن ما ، ويمكن أن يقال : ما ذكر من أن القدر المتيقن الخيار على الفور لم يظهر وجهه فإن المتيقن جواز الرد من جهة العيب وهذا حق كالخيارات في البيع أو حكم كجواز الرجوع في الهبة لا يستظهر من الأخبار شيء منهما و ثبوته في الجملة لا يوجب كونه بعد العقد بل لفصل خصوصاً مع ملاحظة السؤال عما وقع حيث إنه بعد السؤال والجواب وبلوغ الحكم إلى المرأة للمرأة أن تنزع نفسها منه كما في خبر علي بن أبي حمزة وليس الجهل عذراً لأنه مع الجهل لم يستند الابتلاء والتضرر بسقوط الحق أو انتفاء الحكم من جهة التأخير إلى الشارع بل هو مستند إلى الجهل وعدم تعلم الحكم ، وما ذكر من أنه إن كان المراد التقييد بذلك بقاء بحيث يكون وجوده بقاء الخ الظاهر أنه لا مجال لذكر هذا في المقام لأن هذا لا مانع منه في مثل الاستصحاب حيث إنه إذا ثبت حكم في الجملة فلا مانع من إنشاء حكم آخر موجب لاستمرار ذلك الحكم ظاهراً عند القائلين بحجية الاستصحاب في الشبهات الحكمية ، وأما الحكم الواقعي في مقام الثبوت إما مطلق أو مقيد وفي المقام لا يلتزم القائل باستمرار الحكم إلى زمان العلم بالموضوع والحكم يكون الحكم ظاهرياً . وما ذكر من أن الظاهر من قوله عليه السلام في خبر علي بن أبي حمزة لها أن تنزع نفسها الخ يشكل من جهة أن عنوان الابتلاء والتضرر لم يذكر في هذه الرواية لا بنحو القيد ولا بنحو التعليل وإن أمكن كون الحكمة واقعاً ما ذكر والمذكور في كلام الفقيه وروى في خبر آخر الخ وما ذكر أخيراً من أنه يستكشف أن من مسقطات هذا الخيار هو الرضا الخ يشكل من جهة أنه لم يظهر من الأخبار ثبوت الخيار بمعنى الحق الساقط بالرضا وثانياً بمجرد عدم المبادرة بالفسخ بعد العلم بالموضوع والحكم لا يتحقق الرضا آنأماً لأنه كثيراً يتردد ذوالخيار مدة مديدة في الفسخ والإمضاء بالعقد ولم يتحقق الرضا آنأماً فإن تحقق الإجماع على ما ذكر فلا إشكال وإلا يشكل .

ولو ادّعت المرأة وأنكره الزوج فهل يعتبر الفورية في الفسخ أو يجوز لها التأخير إلى أن يثبت العيب عند الحاكم فإذا ثبت اختارت الفسخ فوراً ، قد يقال فيه وجهان بل قولان ناشئان من أن مع علمها بالعيب والخيار يكون تأخيرها للفسخ موجباً

لاستناد العجز إليها أورهاها بالعقد فيما قبل ثبوت العيب عند الحاكم ومن أن مجرّد علمها بالعيب والخيار ، مع عدم ترتّب الأثر على فسخها ظاهراً قبل ثبوت العيب لا يوجب سقوط الخيار بالتأخير ضرورة أن تأخيرها للفسخ حينئذ لا يوجب استناد العجز إليها ولا يكشف عن رضا بالعقد فيما قبل ثبوت العيب .

ويمكن أن يقال : ما ذكر للوجه الثاني لا يتم لا مكان إنشاء الفسخ وإشهاد عدلين عليه ثم بعد رفع الأمر إلى الحاكم يشهد الشاهدان بذلك فيثبت كونها خلية عن الزوج من حين الفسخ وقبل حكم الحاكم أيضاً هي خلية بينها وبين الله وإنما المحتاج إلى حكم الحاكم سائر الناس إن لم يعلموا بفسخها ، وهكذا الكلام في الفسخ في غير المقام مع كونه موقتاً .

و أما الخضاء بمعنى إخراج الانثيين فالمشهور بين الأصحاب أنه من العيوب الموجبة لتسلط المرأة على الفسخ واستدلّ عليه لجملة من الأخبار منها ما رواه المشايخ الثلاثة في الموثق عن عبد الله بن بكير عن أبيه عن أحدهما عليهما السلام « في خصى دكس نفسه لا امرأة مسلمة فتزوّجها » قال : فقال : يفرّق بينهما إن شاعت المرأة و يوجع رأسه و إن رضيت به وأقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به أن تأباه ، ^(١) .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام « أن خصى دكس نفسه لا امرأة قال : يفرّق بينهما و تأخذ المرأة صداقها و يوجع ظهره كما دكس نفسه ، ^(٢) .

وما رواه في التهذيب عن عبد الله بن مسكان في الصحيح قال : « بعثت بمسئلة مع ابن أعين قلت : سله عن خصى دكس نفسه لامرأة فدخل بها فوجدته خصى قال : يفرّق بينهما و يوجع ظهره ويكون لهما المهر بدخوله عليها ، ^(٣) .

وما رواه الحميري في كتاب « قرب الاسناد » عن علي بن جعفر ، عن أخيه موسى

(١) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٢) « د د د د ٢١١ »

(٣) المصنوع ج ٢ ص ٢٣٢ .

ابن جعفر عليه السلام قال : « سألته عن خصيٍّ دلّس نفسه لا امرأة ما عليه ؟ قال : يوجع ظهره و يفرّق بينهما ، و عليه المهر كاملاً إن دخل بها ، و إن لم يدخل بها فعليه نصف المهر ، ^(١) .

و قد ذهب بعض الأصحاب كما في المبسوط والمختلف إلى أن الخصاء ليس بعيب لأن الخصيَّ يقدر على الإيلاج و عدم إنزاله ليس بعيب و إنما العيب عدم الوطئ ، و لعلّه لما في جميع النصوص من الاشتغال على التدليس فيحتمل أن يكون خيارها من جهة لا من حيث كون الخصاء عيباً و تظهر الثمرة فيما إذا لم يدّلس نفسه لها بأن اعتقد أنها تعلم بالحال أو جهل بكونه خصياً فإنه ليس لها الخيار فيها بناء على كونه من جهة التدليس و يكون لها الخيار فيها بناء على كونه من جهة الخصاء .

و قد يقال : إن الظاهر من قولهم عليه السلام « و يوجع ظهره كما دلّس نفسه » هو أن الخيار من جهة الخصاء وإيجاع الظهر بالضرب بإزاء التدليس لأن الخيار والایجاع كليهما من جهة التدليس ، و يمكن أن يقال ظاهر هذا الكلام حمل الكاف في الخبر على التعليل و هو محلّ الكلام عند النحويين حيث إن القائل به يتمسك بمثل قوله تعالى « و اذكروه كما هداكم » والأكثر حملوا الكاف على التشبيه و على فرض التسليم لا مانع من كون التدليس علّة لأمرين الخيار وإيجاع الظهر نظير الاستثناء عقيب الجمل المتعدّدة مع الرجوع إلى الجمل لا إلى خصوص الجملة الأخيرة ، وما ذكر من الثمرة يشكل من جهة أنه بناء على كون الخيار من جهة الخصاء لا من جهة التدليس المستفاد من الأخبار المذكورة ثبوت الخيار في صورة التدليس ، و أمّا مع عدم التدليس فلا دليل على ثبوت الخيار ، و بعد مدخلة التدليس يقع الاشكال فيما يتحقق به التدليس وأنه مجرد عدم إخباره بعيبه أو يعتبر إظهاره عدم العيب ولا يبعد كفاية عدم الإظهار نظير تعريض البائع متاعه المعيب للبيع مع كون العيب غير ظاهر ، والقدر المنصوص صورة كون العيب سابقاً على العقد بل لا يتحقق التدليس في غير هذه الصورة ، فالخصاء بعد

العقد لادليل على ثبوت الخيار به .

و أمّا العنن المفسّر بالمرض الذي يضعف معه القوة الناشئة للعضو بحيث لا يقدر على الإيلاج فلا إشكال في كونه من العيوب الموجبة لثبوت الخيار للزوجة والأخبار الواردة في المقام مختلفة بحسب الإطلاق والتقييد منها صحيحة أبي بصير « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع أتفارقه ؟ قال : نعم إن شئت » ^(١).

وصحيحة الكناني « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع أبداً أتفارقه ؟ قال : نعم ، إن شئت » ^(٢).

و منها ما دلّ على ثبوته إذا لم يقع عليها دفعة واحدة كخبر غياث عن أبي عبد الله عليه السلام « في العنن إذا علم أنه لا يأتي النساء فرّق بينهما فإذا وقع عليها دفعة لم يفرّق بينهما والرجل لا يردّ من عيب » ^(٣).

و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : من أنى امرأة مرة واحدة ثم أخذ عنها فلا خيار لها » ^(٤).

و منها ما دلّ على ثبوته بعد انتظار سنة كصحيحة ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « العنن يتربّص به سنة ثم إن شئت امرأته تزوّجت وإن شئت أقامت » ^(٥).

ومنها ما دلّ على ثبوته فيما إذا لم يقدر على إتيان غيرها من النساء أيضاً كالموثق عن أبي عبد الله عليه السلام « إنّه « سئل عن رجل أخذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها ؟ فقال : إن كان لا يقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلا برضاها بذلك ، وإن كان يقدر

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ . والكافي ج ٥ ص ٤١٠ وفيه « عبّاد » مكان « غياث » .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ . و التأخير حبس السواحر

ازواجهن عن غيرهن من النساء .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٩ .

على إتيان غيرها فلا بأس بإمسакها ، ^(١) .

و منها ما دلّ على ثبوته بعد مضيّ سنة من يوم مرافعة المرأة إلى الحاكم كرواية الحسين بن علوان ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن عليّ عليه السلام ، كان يقضي في العنين أنه يؤجل سنة من يوم مرافعة المرأة ، ^(٢) .

و منها ما دلّ على ثبوته فيما إذا علم أنه لا يأتي النساء كخبر عبدالله بن الحسين عن عليّ بن جعفر ، عن أخيه عليه السلام قال : « سألته عن عنين دلس نفسه لأمراته ما حاله ؟ قال : عليه المهر و يفرّق بينهما إذا علم أنه لا يأتي النساء » ، ^(٣) .

وقد يقال : إن القيود المذكورة باختلافها يمكن أن يكون اعتبارها لأجل طريقتها إلى تحقق العنن كما يؤيده ما دلّ على ثبوت الخيار بمجرد العلم بأنه لا يأتي النساء و يمكن اعتبارها على وجه الموضوعيّة ، و حيث إن ثبوت الخيار يكون على خلاف الأصل يجب الاقتصار في الخروج عنه على القدر المتيقّن و هو ما إذا لم يقع عليها أصلاً ولو مرة ولم يقدر على إتيان غيرها من النساء ، ومضيّ سنة من يوم مرافعتها إلى الحاكم .

ويمكن أن يقال : أمّا احتمال الطريقيّة فبعيد من جهة أن السؤال في غير واحد من الأخبار المذكورة عن صورة تحقق العنن .

وأما احتمال القيدية للموضوع فهو مستبعد للزوم حمل صحيحة أبي بصير وصحيحة الكناني و خبر عبدالله بن الحسين على صورة غير غالبية مع أن الظاهر أن مورد السؤال في هذه الأخبار ليس بنحو الفرض حتّى يقال : مطلقات قابلة للتقييد بل الظاهر السؤال عن قضية شخصيّة فالظاهر وقوع التعارض فلا بدّ من الترجيح أو التخيير .

ثمّ إنّه لو اختلف الزوج والزوجة في أصل العيب فهل القول قولها أو القول

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٢ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢) قرب الامتداد ص ٥٠ .

(٣) المصدر أيضاً ص ١٠٨ .

قول الرُّجل ؟ قد يقال : فيه تردُّد من أصالة عدم قدرته على إتيان النساء قبل بلوغه و من أصالة الصحة بمعنى عدم خروجه عما هو مقتضى طبعه من القدرة على إتيان النساء عند البلوغ .

و يمكن أن يقال : أصالة الصحة والسلامة مقدّمة ألا ترى أنّه يجوز معاملة الرُّجال في أموالهم مع الشكِّ في الرُّشد مع أنّهم قبل البلوغ غير متّصفين بالرُّشد، ولا ينافي هذا مع لزوم الامتحان و الابتلاء قبل البلوغ أو بعده لدفع الوليِّ المال الذي عنده إلى المولّى عليه كما لا يخفى .

و أمّا الجبّ بمعنى عدم الآلة أو مقدار الحشفة فالمشهور أنّه من العيوب الموجبة لثبوت الخيار و قد تردّد المصنّف - قدّس سرّه - في الشرايع من جهة عدم ورود نصٍّ فيه بالخصوص ، واستدلّ للمشهور بإطلاق صحيحتي أبي بصير والكناني المتقدّمتين في العنن الدّألتين على ثبوت الخيار بعدم القدرة على الجماع فإنّ عدم القدرة تارة يكون لضعف القوّة و أخرى من جهة عدم العضو و بفحوى أدلّة الخصاء والعنن .

و استشكل في الاطلاق المذكور بأنّ عدم القدرة على الوطي من إعدام الملكات فليس هو عدم القدرة مطلقاً و في الفحوى بأنّ المراد بالفحوى و مفهوم الموافقة هو أن تكون القضية مسوقة لبيان المفهوم و كان هو المقصود بالأصالة منها و كان المنطوق مقصوداً بالتبع وليست أدلّة الخصاء والعنن من هذا القبيل إلّا أن يكون المراد بالفحوى الأوليّة القطعيّة أو الاطمينانيّة فلا بدّ من اعتبار ما هو معتبر في الخصاء والعنن من القيود والشروط .

و يمكن أن يقال : لا مانع من صدق عدم القدرة مع الجبّ إن فسّر بفقدان الآلة كما يصدق الأعمى على من قلعت عينه و إن خفي صدقه على من كان فاقداً للعين بالخلقة .

و أمّا دعوى القطع فلا تخلو عن الاشكال ألا ترى أنّه مع ممنوعيّة الزّوج عن ملاقاته الزّوجة كما لو كان محبوساً مادام الحياة لا يثبت الخيار بل لا بدّ من التفريق

بالطلاق فمع صدق عدم القدرة لا يبعد التمسك بإطلاق الصحيحين لو لم يستشكل من أن المتيقن في السؤال والجواب صورة عدم القدرة من جهة الضعف وعدم انتشار الآلة لا صورة فقدان الآلة .

﴿ و عيوب المرأة سبعة : الجنون ، والجذام ، والبرص ، والقرن ، والإفشاء ، والعمى ، والاقعاد ﴾ .

أما الجنون الذي هو عبارة عن فساد العقل فلا خلاف نصاً وفتوى في كونه بأقسامه موجباً لخيار الزوج في صورة سبقه على العقد .

وأما المقارن والمتجدد بعد العقد فقد يستشكل في ثبوت الخيار به بدعوى أن الأخبار الواردة في المقام لا إطلاق لها و لننقل الأخبار .

فمنها ما رواه في الصحيح أو الحسن عن الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سأله عن رجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له قال : يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل » ^(١) .

و الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه قال في الرجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له قال : لا ترد ، وإنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل ، قلت : أ رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها ؟ قال : لها المهر بما استحل من فرجها و يغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها » ^(٢) .

وما رواه الشيخ في التهذيب عن الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل » ^(٣) .

و يمكن أن يقال : دعوى عدم الإطلاق في هذه الأخبار مشكلة خصوصاً مع ملاحظة الخبر الثاني حيث تعرض فيه لاستحقاق المهر مع الدخول و غرامة الولي ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ .

(٢ و ٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ والاستبصار ج ٣ ص ٢٤٧ .

إلا أن يقال : هذا قرينة على سبق العيب .

و منها ما رواه في الكافي عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « المرأة تردُّ من أربعة أشياء من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العفل ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا » (١) .

و هذا الخبر كيف يقال فيه بعدم الإطلاق مع التعرُّض للتفصيل بين الوقوع عليها و عدمه .

و أمّا الجذام الذي عرف بأنه مرض سوداوي يوجب تناثر اللحم و سقوط بعض الأطراف كالأنف فلا خلاف ظاهراً في كونه موجباً لثبوت الخيار للزَّوج مطلقاً ، وقد تكرر ذكره في الأخبار المذكورة .

و أمّا البرص فلا خلاف نصّاً و فتوى في كونه موجباً للخيار ، وقد وقع الخلاف في حقيقته و أنه خصوص البياض الظاهر في ظاهر البدن لفساد المزاج أو الأعم منه و من السواد فالمذكور في كلمات جملة من الأصحاب والمصنّح به في القاموس أنه بياض يظهر في ظاهر البدن . و قال في المسالك : إنه مرض معروف يحدث في البدن يغيّر لونه إلى السواد أو إلى البياض و في المجمع « البرص لون مختلطٌ حمرة و بياضاً أو غيرهما ولا يحصل إلّا من فساد المزاج ، و خلل في الطبيعة » .

وقد يستظهر من دعاء أمير المؤمنين صلوات الله عليه على أنس لما لم يشهد بخبر الغدير و قال : أنا ناس فدعا عليه ببياض لا يواريه العمامة أن « البرص خصوص البياض حيث إنَّ الظاهر أن مراده عليه السلام من البياض ليس إلّا المرض المعروف و يقال : إنَّ القدر المتيقن منه خصوص البياض فلا اعتبار بالسواد الذي يظهر على ظاهر البدن و يمكن أن يقال : مع معروفية البرص عند الأطباء والناس و عدّهم البياض المختلط بالسواد والحمرة برصاً بشكل التخصيص بالبياض ، و دعاء أمير المؤمنين صلوات الله عليه لم يظهر منه التخصيص كما لا يخفى وكيف كان لا اعتبار بالبهق الذي يشترك مع البرص ويفترق عنه بأن البرص غائر في اللحم إلى العظم بخلاف البهق فإنه كما قيل في سطح

الجلد خاصة ويتميزان بأن يفرز في الموضع إبرة فأن خرج منه الدّم فهو بهق وإلا فهو برص .

وأما القرن بسكون الراء وفتحها الذي يعبر عنه بالعفل وهو الظاهر من كلمات كثير من اللغويين ويشهد به تفسير أحدهما الآخر في بعض الأخبار كصحيحة عبد الرحمن ابن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام المذكورة ، وصحيحته الأخرى عنه عليه السلام أيضاً «الرجل إذا تزوّج المرأة فوجد بها قرناً وهو العفل أو بياضاً أو جذاماً يردّها ما لم يدخل بها»^(١) فلا خلاف فتوى وصّاً في كونه من العيوب التي بها يردّ الزّوج ، ووقع الخلاف بين الأصحاب في أنّه هل هو شيء من قبل المرأة يشبه ادرة الرجل التي هي عبارة عن انتفاخ الخصلتين أو هو عظم كالسنّ يكون في باطن القبل يمنع من الوطى أو أنّه لحم ينبت في باطن القبل ؟ وقد يقال : الذي يسهل الخطب هو إمكان دعوى القطع بمشاركة كلّ من العظم واللحم النابتين في الباطن و اللحم الخارج من القبل في الحكم من جهة مناسبة الحكم والموضوع حيث يستفاد من جهتها أنّ العلة للحكم هو المنع عن الوطى كما يشعر بذلك صحيحة أبي الصلاح الكناني قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة فوجد بها قرناً قال عليه السلام : هذه لا تحبل ولا يقدر زوجها على مجامعتها - الخبر^(٢) . ويمكن أن يقال : دعوى القطع مشكلة لا يمكن الفرق بين ما ذكر لسهولة العلاج وصعوبته إلا أن يقال : الظاهر أنّ الناس مع عدم إطلاعهم على ما هو شأن الأطباء إننا أطلعوا على وجود ما يمنع من الوطى يعبرون بوجود القرن .

وأما الإفضاء الذي هو عبارة عن صيرورة المسلكين واحداً فلا خلاف في كونه عيباً تردّ به المرأة ويدلّ عليه صحيحة الحذّاء عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوّج امرأة من وليّها فوجد بها عيباً بعدما دخل بها ، قال : فقال عليه السلام : إذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة و من كان بهازمانة ظاهرة فإنّها تردّ على أهلها من غير طلاق^(٣) .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ . والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٨ والكافي ج ٥ ص ٢٠٩ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٠٨ .

ولقائل المناقشة في دلالة هذه الصحيحة من جهة احتمال كون الخيار من جهة التدليس وذلك لذكر من كان بها الزمانة فإن الزمانة ليست من العيوب الموجبة للرد وقد ذكر هذه الاحتمال سابقاً في الخفاء .

وأما العمى فالمشهور أنه من العيوب الموجبة للخيار ويدل عليه صحيحة داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء قال : ترد على وليها وإن كان بها زمانة لا يراها الرجل أجزت شهادة النساء عليها^(١) .

وموثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : « ترد البرصاء والعمياء والعرجاء . وزاد في الفقيه « الجذماء »^(٢) .

وأما الإقعاد فاختلف كلمات الأصحاب فيها وقد يقوي كون مطلق العرج من العيوب الموجبة للخيار سواء كان بيناً أو غير بين إلا إذا كان غير بين على وجه لا يعد بيناً عرفاً .

وذلك لا إطلاق صحيحة داود بن سرحان و موثقة محمد بن مسلم المذكورتين . و توهم أن الرأيتين وإن كانتا مطلقتين إلا أن قوله عليه السلام في صحيحة داود « وإن كان بهازمانة - الخ ، ظاهر في إناطة الرد بالزمانة التي تؤدي إلى الإقعاد فيدل بالمفهوم على عدم الرد إلا بالعيب المقعديقيد بمفهومه ظهور الرأيتين في الرد بالعرج مطلقاً مدفوع بأن ظهور قوله عليه السلام « وإن كان بهازمانة - الخ ، في ذلك مبني على القول بالمفهوم للوصف وهو ممنوع سيما في الوصف الغير المعتمد على الموصوف .

ويمكن أن يقال : لاجابة إلى القول بالمفهوم بمعنى الانتفاء عند الانتفاء بل يكفي كون الوصف للاحتراز والمدخلية في الحكم من غير فرق بين كون الوصف معتمداً على الوصف أو غير معتمد .

وما في الخبر من شهادة النساء تدل على موضوعية الوصف فإنه مع عدم المدخلية

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ و ٢٣٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٥ .

في الحكم وعدم الأثر ما الفائدة في الشهادة . واستشكل في الاستدلال بالرّوايتين المذكورتين من جهة معارضتهما مع ما دلّ على حصر العيب في الأربعة المشهورة أعني الجذام والبرص والجنون والعقل كصحيحة الحلبي السابقة ، ورواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام : سأله عن رجل تزوّج امرأة فعلم بعد ما تزوّجها أنها قد كانت زنت قال : إن شاء زوجها أخذ الصداق ممّن تزوّجها ، ولها الصداق بما استحلّ من فرجها وإن شاء تركها ، قال : وتردّ المرأة من العقل والبرص والجذام والجنون وأما ما سوى ذلك فلا (١) .

وأجيب بأنّ هذا الإشكال لا يختصّ بالمقام بل يأتي بالنسبة إلى غيره ممّا سوى هذه الأربعة من الإفضاء والعمى فلا بدّ إمّا من حمل الحصر في الرّوايتين على الإضافي بدعوى أنّ القائل حيث توهم أنّ مطلق العيب في المرأة موجب للخيار ولذا سئل عن العوراء في الصحيحة وعن الزّانية في الرّواية حصر الإمام عليه السلام موجبات الخيار في الأربعة للدلالة على أنّ مطلق العيب لا يكون موجباً للخيار . وأما من حمل مفهوم الحصر وهو المنع عن الرّدّ بغير الأربعة على مطلق المرجوحية لكيلا ينافي جواز الرّدّ بغيرها من العيوب الثلاثة : الإفضاء والعمى والعرج على كراهة .

ويمكن أن يقال : يشكّل ما ذكر من جهة عدم مساعدة العرف على الجمعين المذكورين بل بنظر العرف يقع المعارضة بين ما دلّ على الحصر وما دلّ على ثبوت الخيار ، ثمّ إنّ عدّة في بعض الرّوايات كصحيحته داود بن سرحان والحدّاء المذكورتين الزّمانة من العيوب كما حكى عن الصدوق - قدّس سرّه - لكنّ الأصحاب لم يعدّوها من العيوب الموجبة للخيار وقد يوجّه بوجه لا يساعد عليه العرف .

وفي الرّق تردّد أشبهه بثبوته عيباً لأنّه يمنع الوطء ولا تردّد بالعور ولا بالزّانة ولو حدث فيه ، ولا بالعرج على الأشبه .

قد سبق الكلام في القرن أنّه مع وجود ما يمنع المجامعة يعبّر بالقرن فيقوى

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ و ٢٢٨ والاستبصار ج ٣ ص ٢٤٥ .

ثبوت الخيار بالرُّتق .

و أما عدم ثبوت الخيار بالعمور ولا بالزنا فلما دلَّ على الحصر في غيرهما وصحيح الحلبيُّ عن الصادق عليه السلام « في الرجل يتزوَّج الأمة إلى قوم فاذا امرأته عوراء ولم يبيِّنوا له قال : لا تردُّ » ^(١) .

وأما رواية عبدالرحمن المذكورة الظاهرة في الخيار للزنا والمرسل الحاكي لقول عليٍّ صلوات الله عليه في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها يفرِّق بينهما ولا صداق لها لأنَّ الحدث كان من قبلها ^(٢) ، وغيرهما ممَّا يظهر منه ثبوت الخيار بالزنا فالأصحاب لم يعملوا بها .

وأما العرج الغير البالغ إلى حدِّ الإقعاد فقد سبق الكلام فيه والإشكال في ثبوت الخيار بالعرج مطلقاً .

﴿ وأما الأحكام فمسائل : الأولى : لا يفسخ النكاح بالعيب المتجدِّد بعد الدخول وفي المتجدِّد بعد العقد تردُّدٌ عدى العنن . وقيل تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لأوقات الصلاة وإن تجدد . الثانية : الخيار فيه على الفور وكذا في تدليس ﴾ .

الظاهر عدم الخلاف نصاً وفتوى في أنَّ العيوب الحادثة قبل العقد موجبة لثبوت الخيار وادَّعى عدم الإشكال في أنَّ العيوب المتجدِّدة بعد العقد والوطي لا يثبت بها الخيار والإشكال في المتجدِّدة بعد العقد وقبل الوطي ، وقد يقال : ظاهر أكثر النصوص وصراحة بعضها ثبوت الخيار في السابق على العقد كقوله في خبر عبدالرحمن « تزوَّج امرأة فوجد بها قرناً ، وفي خبر الحذاء « تزوَّج امرأة من وليها فوجد بها عيباً ، وفي خبري الحسن ابن صالح والكناني « تزوَّج امرأة ، وفي خبر غياث « تزوَّج امرأة فوجد بها برصاً ، وفي خبر ابن مسلم « من تزوَّج امرأة فيها عيب دلسته ، وفي خبر رفاعة « زوَّجها وليها وهي برصاء ، وأما باقي النصوص فليس فيها ما يكون لها إطلاق يعمُّ المتجدِّد بعد

(١) تقدم عن الكافي .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ .

العقد بل هي في مقام تعداد العيوب الموجبة للفسخ نعم لا يبعد التمسك لإثباته بالمتجدد بالاستصحاب التعليقي بأن يقال : إن هذا العيب لو كان قبل العقد لكان موجباً للخيار والآن كما كان ، وهذا الاستصحاب حاكم على استصحاب لزوم العقد الثابت قبل حدوث العيب كما لا يخفى .

و يمكن أن يقال : لأنسلم ظهور جميع الأخبار المذكورة في سبق العيب على العقد فإن قوله في خبر عبدالرحمن «فوجد بها قرناً» وقوله في خبر الحذاء «فوجد بها عيباً» لم يظهر منهما كون القرن والعيب قبل التزوج لا يمكن كون العيب في الفصل بين التزوج و ورود الزوجة على الزوج ، فإذا كان السؤال عما وقع وأجيب بالجواب المذكور بدون الاستفصال والفرقة بين كون العيب سابقاً على العقد وكونه بعد العقد قبل الورد على الزوج يشمل الجواب المذكور صورة تحقق العيب بعد العقد .

وأما الاستصحاب التعليقي المذكور فهو مبني على جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية وحكومته على استصحاب لزوم العقد وكلاهما محل إشكال وقد سبق الكلام في العنن وكذا في تقيّد جنون الرجل بكونه لا يعرف أوقات الصلاة وفي كون الخيار على الفور .

﴿ الثالثة : الفسخ فيه ليس طلاقاً فلا يطرد فيه تنصيف المهر ، الرابعة : لا يفقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم ، ويفتقر في العنن بضرب الأجل ، الخامسة : إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلامهر ، ولو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع به الزوج على المدّلس ، وإذا فسخت الزوجة قبل الدخول فلامهر إلا في العنن ولو كان بعده فلها المسمى ، ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعذر ﴾ .

لا إشكال في أن الفسخ ليس طلاقاً لعدم اعتبار لفظ الطلاق ولا شروطه فلا يطرد فيه تنصيف المهر ولا يبعد من الثلث وثبوت نصف المهر للدليل .

وأما عدم افتقار الفسخ بالعيوب إلى الحاكم فلا طلاق الأدلة ، نعم مع ثبوت العنن يفقر إلى الحاكم لضرب الأجل بناء على لزوم المراجعة إلى الحاكم وقد سبق الكلام فيه ، نعم من ينكر إطلاق الأدلة لابد له من اعتبار كل ما يحتمل مدخليته في الفسخ .

وأما عدم استحقاق الزوجة المهر إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلأن حقيقة الفسخ حل العقد وجعله كأن لم يكن فلا وجه لاستحقاق المهر ، وبعد الدخول لها المسمى بما استحل من فرجها ، ووجه تعيين المسمى ظهوراً لأخبار فلاحظ ما في الصحيح أو الحسن عن الحلبي المذكور في عيوب المرأة قلت : رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها ؟ قال : لها المهر بما استحل من فرجها ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها^(١) ، فإن الظاهر أن اللأم في لها المهر بما استحل من فرجها ، للعهد الذكري وكذا سائر الأخبار ولولا الأخبار كان مقتضى القاعدة لزوم مهر المثل .

وأما الرجوع إلى المدلس فيدل عليه الأخبار منها الصحيح أو الحسن عن الحلبي المذكور وفيه « و يغرم وليها الذي أنكحها » .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب عن رفاة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المحدود و المحدودة هل ترد من النكاح ؟ قال : لا ، قال رفاة : وسألته عن البرصاء قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها وأن المهر على الذي زوجها وإنما صار المهر عليه لأنه دلّسها ، ولو أن رجلاً تزوج امرأة قد زوجها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها^(٢) .

ومنها صحيح الحديث في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعدما دخل بها ، قال : فقال : إذا دلّست العفلاء و البرصاء والمجنونة و المفضاة أو من كان بها زمانة ظاهرة فإنها ترد إلى أهلها من غير طلاق ، و يأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلّسها فإن لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه وترد إلى أهلها ، قال : وإن أصاب الزوج شيئاً مما أخذت منه فهو له وإن لم يصب شيئاً فلا شيء له قال : وتعتد منه عدة المطلقة إن كان قد دخل بها وإن لم

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٠٧ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

يكن دخل بها فلاعدة ولا مهر لها ^(١) ، .

ثم إن الظاهر أن المراد من التدليس في المقام عدم إظهار العيب مع العلم لخصوص إظهار عدم العيب و الصحة مع وجوده كما هو المستفاد من الأخبار المذكورة وبعبارة كان الأصل في النكاح اللزوم وعدم جواز الفسخ من جهة غير العيوب المنصوصة فليس المقام كالبيع وغيره من المعاملات بحيث لو شرط وصف كمال وبأن خلافه من جهة التدليس جاز للمشرط له الفسخ، بل الخيار في موارد مخصوصة ويتعدى عن العيوب المذكورة إلى غيرها منها ما إذا تزوج امرأة على شرط أنها حرة أو بوصف أنها حرة فبانت أمة فالمشهور أنه صح العقد فيما إذا كان بائناً سيدها أو إجازته وكان الزوج ممن يجوز له نكاح الإماء لا بطلاق الأدلة وأن له الفسخ ولودخل بها للعموم «المؤمنون» عند شروطهم ، لمنع دلالة على ثبوت الخيار أو لا وكونه مخصصاً بما دل عليه النص من عدم رد النكاح بشيء غير العيوب المنصوصة ثانياً ، بل لخصوص ما دل على ثبوت الخيار بالتدليس بمثل ذلك كصحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل تزوج امرأة حرة فوجدتها أمة قد دكست نفسها ؟ قال عليه السلام : إن كان الذي زوجها إتياء من غير موالها فالنكاح فاسد ، قلت : كيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه قال عليه السلام : إن وجد مما أعطها شيئاً فليأخذه وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها ، وإن كان زوجها إتياء ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه ولموالها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرًا وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها - الخبر ^(٢) ، .

وقد يقرب دلالة هذا الصحيح على الصحة وثبوت الخيار للتدليس بأن الظاهر من قوله عليه السلام على المحكي « وإن كان زوجها إتياء ولي لها - الخ » ، .

بقريئة مقابلته لقوله عليه السلام في الصدر إن كان الذي زوجها إتياء من غير موالها فالنكاح فاسد ، هو صحة نكاحها فيما كان المنكح لها من موالها ورجوع الزوج بعد الفسخ بما اغترمه عوض البضع من المهر على وليها الذي أنكحها ، غاية الأمر عبر

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٢ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

عَنْ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ صَاحِبَةِ النِّكَاحِ وَ ثُبُوتِ الْفَسْخِ لِلزَّوْجِ بِإِذَا لَزِمَهُمَا مِنْ اسْتِحْقَاقِهَا لِلْمَهْرِ وَرَجُوعِ
الزَّوْجِ بَعْدَ الْفَسْخِ بِمَا اغْتَرَمَهُ مِنَ الْمَهْرِ عَلَى وَلِيِّهَا الَّذِي أَنْكَحَهَا وَلَا يَبْنَى فِي هَذَا مَعَ لَزُومِ
الْعَشْرِ أَوْ نِصْفِ الْعَشْرِ لِلْمَوَالِي لَا مَكَانَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لِلتَّعَبُّدِ لِثَلَاثِينَ يَكُونُ وَطِيقَةً لَهَا مِنْ دُونِ
عَوَضٍ يَعُودُ إِلَى مَوَالِيهَا .

وَيُمْكِنُ أَنْ يَقَالَ : لَا ظَهْرَ لِلصَّحِيحِ الْمَذْكُورِ فِي الصَّحَّةِ وَثُبُوتِ الْخِيَارِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ
أَنَّ الْوَلِيَّ الْمَذْكُورَ فِيهِ غَيْرُ الْمَوْلَى بَلِ الْوَلِيُّ الْعَرَفِيُّ وَمَنْ أَوْكَلَتِ الْأُمَّةُ أَمْرَهَا إِلَيْهِ
لِلزَّوْجِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوَالِي وَلَا ظَهْرَ فِي مَقَابِلِهِ « وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا إِيَّاهُ وَلِيُّهَا » لِقَوْلِهِ
ﷺ عَلَى الْمُحْكَمِ فِي الصَّدْرِ « إِنْ كَانَ الَّذِي زَوَّجَهَا إِيَّاهُ مِنْ غَيْرِ مَوَالِيهَا فَالنِّكَاحُ
فَاسِدٌ بَلْ لَعَلَّهُ فِي مَقَابِلَةِ وَقُوعِ الزَّوْجِ بِدُونِ الْإِذْنِ وَبِدُونِ الْوَلِيِّ وَالتَّعَرُّضِ لَصُورَةِ زَوْجِ
الْوَلِيِّ لَا خُذْ مَا اغْتَرَمَ الزَّوْجُ مِنْهُ وَ يَشْهَدُ لِهَذَا أَنَّهُ مِنَ الْمُسْلِمِ أَنَّ الْمَهْرَ فِي صُورَةِ الْإِذْنِ
مِنَ الْمَوَالِي رَاجِعٌ إِلَى الْمَوَالِي لَا إِلَى الْأُمَّةِ فَكَيْفَ يَجْمَعُ بَيْنَ الْمَهْرِ وَالْعَقْرِ الْعَشْرَ أَوْ
نِصْفَ الْعَشْرِ ، وَلَا مَجَالَ لِرَجُوعِ مَا ذَكَرَ فِي الصَّحِيحِ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ عَلَى الْمُحْكَمِ
« وَلِمْوَالِيهَا عَلَيْهِ عَشْرُ قِيمَتِهَا - إلخ » إِلَى الصَّدْرِ لِأَنَّ هَذَا مِنْ قِبَلِ إِرْجَاعِ الْإِسْتِثْنَاءِ الْوَاقِعِ
عَقِبَ الْجُمْلَةِ الْمُتَعَدِّدَةِ إِلَى غَيْرِ الْجُمْلَةِ الْآخِرَةِ .

وَمِنْهَا مَا لَوْ تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ بِرَجُلٍ عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ فَبَانَ مَمْلُوكًا مَا نُونًا مِنَ الْمَوْلَى
فَلَهَا الْخِيَارُ سِوَاءُ دَخَلَ بِهَا أَمْ لَا وَلَا مَهْرَ لَهَا لَوْ فَسَخَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ وَلَهَا الْمُسَمَّى لَوْ
فَسَخَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ لَكِنَّهَا تَرْجِعُ بِهِ عَلَى السَّيِّدِ لِأَنَّ مَهْرَ الْعَبْدِ الْمَأْنُونِ عَلَى سَيِّدِهِ .
وَيَدُلُّ عَلَى مَا ذَكَرَ صَحِيحُ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ « سَأَلَتْ أَبَا جَعْفَرٍ ﷺ عَنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ
تَزَوَّجَتِ مَمْلُوكًا عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ فَعَلِمَتْ بَعْدَ أَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، قَالَ : هِيَ أَمْلِكُ بِنَفْسِهَا إِنْ شَاءَتْ
أَقَامَتْ مَعَهُ وَإِنْ شَاءَتْ فَلَا فَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الصَّدَاقُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا فَلَيْسَ
لَهَا شَيْءٌ (١) .

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَا نُونًا مِنَ الْمَوْلَى لَمْ يَكُنِ الْخِيَارُ بِيَدِهَا لِأَنَّ الْعَقْدَ مُتَوَقَّفَ
عَلَى إِجَازَةِ الْمَوْلَى فَلَا مَعْنَى لِلْخِيَارِ ، وَمِنْهَا مَا إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةٌ وَشَرَطَ كَوْنُهَا بِكَرًا

فوجدتها ثيباً و ثبت بإقرارها أو بالبيّنة أنّها كانت كذلك قبل العقد فالمشهور أنّ له الفسخ و استدلّ لهم مضافاً إلى عموم «المؤمنون عند شروطهم» بمفهوم خبر القاسم بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام «في الرجل يتزوج المرأة على أنّها بكراً فيجدها ثيباً أيجوز أن يقيم عليها؟» قال عليه السلام : «قد تفتق البكر من المركب ومن النزوة» ^(١) بدعوى أنّه ظاهر في أنّه لو احتمل تجدد الثيبوبة بسبب خفيٍّ من النزوة وغيرها لم يكن له الفسخ فيدلّ بمفهومه على ثبوت الفسخ مع عدم احتمال ما ذكر .

و قد يورد عليه بأنّ «المؤمنون عند شروطهم» لا دلالة فيه على الخيار و على تقدير الدلالة مخصّص بمادّل على عدم ردّ النكاح بشيء غير العيوب المخصوصة ، وأمّا خبر القاسم فالظاهر من قول السائل فيه أيجوز أن يقيم عليها هو أنّه توهم حرمة القيام معها أو كونه ذاحزاة فسأل الإمام عن جواز القيام معها ، و أمّا احتمال كون السؤال عن ثبوت الفسخ فبعيد .

و يمكن أن يقال : الجواز نارة يراد منه ما يقابل الحرمة والكراهة و أخرى يراد منه النفوذ كما يقال متى يجوز أمر الغلام فمع احتمال كلام السائل لكلّ من المعنيين يكون الجواب ما يناسب كليهما .

و أمّا صورة فسخ المرأة فمع كون الفسخ فيها قبل الدخول لا مهر لها لعدم ما يوجبها و لو كان بعد الدخول فلها المسمى لكن في الفسخ من جهة العنن لها نصف المهر و يدلّ عليه صحيحة أبي حمزة قال : «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : إذا تزوّج الرجل المرأة الثيب التي قد تزوّجت زوجاً غيره فزعمت أنّه لم يقربها منذ دخل بها فإنّ القول في ذلك قول الرجل ، وعليه أن يحلف بأنّه قد جامعها لأنّها المدّعية ، قال : فإنّ تزوّجها وهي بكر فزعمت أنّه لم يصل إليها فإنّ مثل هذا يعرفه النساء فلينظر إليها من يوثق به منهنّ فإذا ذكرت أنّها عذراء فعلى الإمام أن يؤجّله سنة فإن وصل إليها و إلّا فرّق بينهما و أعطيت نصف الصداق ولا عدّة عليها» ^(٢) .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢١٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢١١ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

و مع الدخول تستحق المرأة المهر لاستحلال الفرج و مقتضى القاعدة الرجوع إلى مهر المثل إلا أنه دلّ الدليل على استحقاق المهر المسمى في بعض الأخبار و إن لم يكن الدليل عاماً و في جميع موارد الفسخ لكنه ادعى عدم الخلاف عند الأكثر و إن أشكل الجزم به .

وأما ثبوت المهر مع الخلوة لو فسخت بالخصاء مع التعزير فهو المعروف واستدل عليه بما رواه الشيخ في الصحيح عن ابن مسكان قال : « بعثت بمسألة مع ابن أعين قلت : سله عن خصي قد دلس نفسه لامرأة و دخل بها فوجدته خصياً ؟ قال : يفرّق بينهما و يوجع ظهره و يكون لها المهر بدخوله عليها » (١) .

و عن سماعة في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام « أن خصياً دلس نفسه لامرأة ، فقال : يفرّق بينهما و تأخذ المرأة منه صداقها و يوجع ظهره كما دأس نفسه » (٢) . ولا يخفى أن الصحيح المذكور مجمل حيث إن ما فيه من قوله « دخل بها » يظهر منه كون المرأة مدخولاً بها و يظهر من قوله « لها المهر بدخوله عليها » كفاية الخلوة . و يظهر من الموثق المذكور ثبوت المهر بالفسخ ولو مع عدم الخلوة لكن يظهر من رواية عبدالله بن جعفر الحميري الثقة الجليل في كتاب قرب الإسناد عن علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : « سألت عن خصي دلس نفسه لامرأة ما عليه ؟ قال : يوجع ظهره و يفرّق بينهما و عليه المهر كاملاً إن دخل بها و إن لم يدخل فعليه نصف المهر » (٣) التفصيل بين الدخول و عدم الدخول و ثبوت تمام المهر المسمى بالدخول مع الفسخ و نصف المهر مع عدمه و لا مانع من الأخذ به و لعله خلاف المشهور .

السادسة : لو ادّعت عنه فأنكر فالقول قوله مع يمينه و مع ثبوته يثبت لها الخيار و لو كان متجديداً إذا عجز عن وطئها قبلاً و دبراً ، و عن وطئ غيرها ولو ادّعت

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٣) المصدر ص ١٠٨ .

الوطي فأنكرت فالقول قوله مع يمينه . السابعة : إن صبرت مع العن فلا بحث و إن رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة من حين الترافع ، فإن عجز عنها و عن غيرها فلها الفسخ و نصف المهر .

لو ادّعت المرأة عن الزّوج فالمعروف أن القول قول الرّجل لأصالة السلامة فإنّ العن خلاف السلامة و هي مقدّمة على أصالة عدم قدرته على المباشرة استصحاباً لعدم القدرة قبل البلوغ و وجه تعميم ثبوت الخيار حتى مع التجدد بعد العقد إطلاق الأخبار بعد التقييد بالعجز عن الوطي قبلاً و دبراً و عن غيرها ، و قد سبق الكلام في ما ذكر .

و أمّا أن القول قوله لو ادّعى الوطي فقد يتمسك له بإطلاق صحيح أبي حمزة « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول » إذا تزوّج الرّجل المرأة الثيب التي قد تزوّجت غيره فزعمت أنّه لم يقربها منذ دخل بها فإنّ القول في ذلك قول الرّجل و عليه أن يحلف بأنّه قد جامعها لأنّها المدّعية ، قال : فإنّ تزوّجها و هي بكر فزعمت أنّه لم يصل إليها فإنّ مثل ذلك يعرفه النساء فليُنظر إليها من يوثق به منهنّ فإنّ ذكرنا أنّها عذراء فعلى الإمام أن يؤجّله سنة و إن وصل إليها و إلّا فرّق بينهما و أعطيت نصف المهر و لا عدّة عليها ، ^(١) .

واستشكل صاحب المسالك - قدّس سرّه - في الاستدلال بهذا الصحيح لمقامنا هذا بأنّ محلّ البحث ما إذا ثبت عنده و مورد الرّواية دعواها عليه ذلك مع عدم ثبوت ذلك و قبول قوله هنا واضح لموافقة قوله أصل السلامة بخلاف موضع النزاع لتحقيق العيب فهو فيه المدّعى لزوال ما كان قد ثبت ، و أوجب بظهور الصحيح في أنّ مورد الخلاف في الوطي و عدمه الشامل بإطلاقه محلّ النزاع وقد جعلها المدّعية فيه مع موافقة قولها لأصالة عدم وطئها و مخالفة قوله لذلك ، ويمكن أن يقال يشكّل شمول الصحيح صورة ثبوت العن للتعليل بأنّها مدّعية ، و لعلّ الوجه فيه أنّه مع

(١) تقدم آنفاً .

سلامة الرجل والدخول على المرأة بقصد المباشرة الظاهر تحقق المباشرة فدعوى عدمها من المرأة خلافه لا تسمع ، وأما مع تحقق العن ودعوى الرجل الوطى فالحكم يكون المرأة مدعية تعبداً بعيد جداً يشكل التعليل به كما لا يخفى .

أما التمسك بأنه لا يعلم إلا من قبله والتعذر أو التعسر في إقامة البيينة عليه فيقبل قوله كدعوى المرأة انقضاء العدة بالانقضاء فلا يخلو عن الإشكال لأنه مع تسليم هذه القاعدة لا نسلم الأخذ بها في جميع الموارد ، ولذا يستشكل في قبول قول المرأة في انقضاء العدة في شهر واحد .

وأما ما ذكر من أن المرأة مع عدم صبرها مع عن الزوج ان رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة - إلخ فقد سبق الكلام فيه و كذا ثبوت نصف المهر مع الفسخ .

﴿ تنمة لو تزوج على أنها حرة فبانت أمة فله الفسخ ، فلا مهر لو لم يدخل ، ولو دخل فلها المهر على الأثبه ، ويرجع به على المدلس ، وقيل : لمولاه العشر أو نصف العشر إن لم يكن مدلساً ، و كذا تفسخ هي لو بان زوجها مملوكاً . ولا مهر قبل الدخول و لها المهر بعده ، ولو اشترط كونها بنت مهيبة فبانت بنت أمة فله الفسخ ولا مهر ، و يثبت لو دخل . و لو تزوج بنت مهيبة فأدخلت عليه بنت الأمة ردّها و لها المهر مع الوطى للشبهة و يرجع به على من ساقها و له زوجته ﴾ .

قد سبق البحث في صورة التزوج على أنها حرة فبانت أمة والمدرك صحيح الوليد ابن صبيح المتقدم فمع عدم الإذن من المولى أو الموالي يكون النكاح فاسداً إذا لم يتحقق الإجازة فلا استحقاق للمهر ولا فسخ لأن الفسخ فرع الصحة و مع الإذن يستحق المولى أو الموالي المهر مع الدخول ومع استحقاق المهر كيف يجب العشر أو نصف العشر وجوب العشر أو نصف العشر في صورة عدم الإذن خلاف ظاهر الصحيح المذكور فلا استدلال به لما ذكره مشكل فثبت خيار الفسخ والرجوع إلى المدلس من جهة الصحيح المذكور لا يتم والتمسك بمثل « المؤمنون عند شروطهم » لا مجال له لما ذكر هناك مع أن النكاح لا يرد إلا بأسباب خاصة .

ولو تزوجت الحرة مملوكاً على أنه حر فبان عبداً مأثوناً من قبل مولاه فقد

سبق الكلام فيه و مقتضى صحيح محمد بن مسلم ثبوت الخيار للحرّة فمع الدخول بها تستحق المهر على السيد ومع عدم الدخول لامهر لها .

ولو اشترط كون المرأة بنت مهيّرة فبانت بنت أمة فالمحكى عن جماعة أن له الفسخ للتدليس في الصفة و يشكل من جهة ما دل على عدم ردّ النكاح إلا بأسباب خاصّة وعموم المؤمنين عند شروطهم ، لا يبدل على الخيار مضافاً إلى أن الأمور الخارجة عن الاختيار لانفهم وجهاً لاشتراطها كما يبين في محله و نمنع سيرة العرف على الرّد والفسخ بتخلف الشرط والوصف في باب النكاح وإن سلمت في باب البيع عند ظهور العيب و عند تخلف الشرط والوصف ، فإذا لم يكن له خيار فليس له الرّجوع على المدّكس .

ولو تزوّج بنت مهيّرة فأدخلت عليه بنت أمّه فلا شك في وجوب الاجتناب وردّها فإن كانت المرأة عاملة فلا مهر لها لأنّه لا مهر لبغيّ ، ومع جهلها تستحق مهر المثل و يرجع في المهر إلى من ساقها و استدلّ عليه بصحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : « سألت عن رجل خطب إلى رجل ابنة له من مهيّرة فلمّا كانت ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه ابنة له أخرى من أمة قال عليه السلام : تردّ على أبيها و تردّ إليه امرأته و يكون مهرها على أبيها ، ^(١) .

و بصحيحة الأخرى « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يخطب إلى آخر ابنته من مهيّرة فأناه بغيرها قال عليه السلام : تردّ التي سميت له بمهر آخر من عند أبيها والمهر الأوّل للتي دخل بها ، ^(٢) .

و أورد بأن الاستدلال بهما للمقام ، مبنيّ على كون المراد منهما إدخال بنته من الأمة مع وقوع العقد على بنته من المهيّرة ، و أمّا إذا كان المراد مجرد خطبة بنت المهيّرة مع وقوع العقد على بنت الأمة بعنوان أنّها بنت المهيّرة التي خطبها تدليساً من الأب كما لعله الظاهر من الصحيحة الثانية بل الأولى أيضاً بناءً على كون المراد من امرأته فيها هي المسماة له بالخطبة فتأمل فتكون الصحيحتان من أدلة المسئلة السابقة

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٠٦ .

و على أي حال ظاهر الأولى و صريح الثانية هو أن مهر بنت المهيبة التي ترد إلى زوجها يكون على أبيها و يكون المهر الأول المسمى لبنت الأمة التي دخل بها ، و هذا كما ترى لا ينطبق على القواعد لما عرفت أن مقتضى القاعدة هو استحقاق بنت الأمة المدخول بها لمهر المثل و للزوج الرجوع به على أبيها المدكس لها و إن بنت المهيبة تستحق للمهر الأول المسمى اللهم إلا أن يفرض كون المهر الأول المسمى الذي حكم باستحقاق بنت الأمة له مساوياً لمهر المثل و يكون المراد من كون مهر بنت المهيبة على أبيها هو أن الزوج يرجع بالمهر الأول الذي غرمه لبنت الأمة على الأب فيأخذه منه و يدفعه إلى بنت المهيبة فتدبر .

و يمكن أن يقال : أما الصحيحة الأولى فظاهرها وقوع العقد على المخطوبة بقرينة قوله عَلَيْهَا على المحكي «ترد إليه امرأته» و قول السائل على المحكي « فلما كانت ليلة دخولها على زوجها ، نعم يوهم أن يكون قوله على المحكي «مهرها على أبيها» راجعاً إلى امرأته لكن لا يبعد رجوعه إلى البنت التي أدخلت عليه لأن مهر المخطوبة ليس غرامة على الزوج بل كان باختياره بخلاف مهر المثل للموطوعة بالشبهة فإنه غرامة غير منتظرة توجهت إلى الزوج و تكون ناشئة من تدليس و لعل هذا قرينة على الرجوع إلى الابنة المردودة إلى الأب .

و أما الصحيحة الثانية فيمكن أن يراد من قوله عَلَيْهَا على المحكي فيها «ترد التي سميت له» التي أنى بها غير المخطوبة والرد إلى الأب لا إلى الزوج و غرامة مهر المثل على الأب والمهر الأول المهر التي ذكر في عقد المخطوبة فلا يخالف القواعد .
 ولو تزوج اثنان فأدخلت امرأة كل منهما على الآخر كان لكل موطوعة مهر المثل على الواطي للشبهة وعليها العدة ، و تعاد إلى زوجها و عليه مهرها الأصلي ولو تزوجها بكرأ فوجدها ثيباً فلارد ، وفي رواية ينقص مهرها .

لو تزوج اثنان فأدخلت امرأة كل منهما على آخر فمقتضى القاعدة استحقاق كل موطوعة بالشبهة مهر المثل و عليها العدة لاحترام ماء الواطي بالشبهة و تعاد إلى زوجها ، و يدل على ما ذكر بعض النصوص كالصحيح « في رجلين نكحا امرأتين فأنى

هذا بامرأة ذا وهذا بامرأة ذا قال : تعتد هذه من هذا وهذه من هذا ثم ، ترجع كل واحدة إلى زوجها ، (١) .

و مرسله جميل بن صالح عن الصادق عليه السلام : في أختين أهدبنا إلى أخوين في ليلة فأدخلت امرأة هذا على هذا وأدخلت امرأة هذا على هذا قال عليه السلام : لكل واحدة منهما الصداق بالغشيان وإن كان وليتهما تعتد ذلك أغرم الصداق ولا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضي العدة ، فإن انقضت العدة صارت كل واحدة منهما إلى زوجها بالنكاح الأول ، قيل له عليه السلام : فإن ماتا قبل انقضاء العدة ؟ فقال عليه السلام : يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما ويرثهما الرجلان ، قيل : فإن مات الرجلان وهما في العدة ؟ قال : ترثانها ولهما نصف المهر المسمى لهما وعليهما العدة بعد ما تفرغان من العدة الأولى تعتدان عدة المتوفى عنها زوجها ، (٢) .

ولو تزوجها بكرًا فوجدتها ثيبًا سبق البحث فيه وأن مقتضى الرواية أغنى رواية القاسم بن الفضيل المذكورة ثبوت الخيار وهو المشهور والمشهور أن له أن ينقص من مهرها ، واستدل بصحيفة محمد بن جرك : كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن رجل تزوج جارية بكرًا فوجدها ثيبًا هل يجب لها الصداق وافيًا أم ينقص ؟ قال عليه السلام : ينقص ، (٣) .

فيقع الكلام في مقدار النقص ، فديقال الأولى أنه ما بين مهر البكر والثيب من التفاوت و يرجع إلى تعيينه إلى العادة وتؤيده سكوت الإمام عليه السلام عن التعيين ، ويمكن أن يقال : هذا يتم على فرض كون المتكلم في مقام البيان كما هو الأصل ، وأما من ينكر ويقول : إنه ليس في مقام البيان في أمثال هذه الرواية يشكل على مبناء ما ذكر .

النظر الثاني في المهر وفيه أطراف ، الطرف الأول : كل ما يملكه المسلم يكون

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٠٧ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢١٣ .

مهرأ عيناً كان أو ديناً أو منفعة كتعليم الصنعة و السورة و يستوي فيه الزوج والأجنبي
أما لو جعلت المهر استيجاره مدّة فقولان أشبههما الجواز ، ولا تقدير للمهر في القلة ولا
في الكثرة على الأ شبه بل يتقدّر بالتراضي ، ولا بدّ من تعيينه بالوصف أو الإشارة ،
و يكفي المشاهدة عن كيله و وزنه .

مقتضى الأخبار المستفيضة جواز جعل المهر ما تراضى به الزوج و الزوجة أو
وليّهما مما يصحّ أن يملكه المسلم عيناً كان أو منفعة ، كثيراً كان أو قليلاً ، ففي صحيحة
الكناني « سأله عليه السلام عن المهر ماهو ؟ فقال : ما تراضى عليه الناس ، ^(١) .
و في صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « الصداق كل شيء تراضى عليه الناس
قلّ أو كثر ، ^(٢) .

و في صحيحة فضيل عنه عليه السلام أيضاً « الصداق ما تراضيا عليه من قليل أو كثير ، ^(٣) .
و في صحيحة أخرى ، عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن المهر فقال : هو ما تراضى
عليه الناس أو اثنتا عشرة أوقية و نش أو خمسمائة درهم ، ^(٤) .

و في صحيحة أخرى عن أبي جعفر عليه السلام « قال : جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله
فقلت : زوّجني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : من لهذه ؟ فقام رجل فقال : أنا يا رسول الله
زوّجنيها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : ما تعطيتها ؟ فقال : مالي شيء فقال صلى الله عليه وآله : لا فأعادت
فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام فلم يقم أحدٌ غير الرجل ، ثمّ أعادت فقال رسول الله
صلى الله عليه وآله : أنحسن من القرآن شيئاً؟ فقال : نعم ، قال صلى الله عليه وآله : قد زوّجتكها على ما تحسن
من القرآن فعلمها إياه ، ^(٥) .

و في صحيحة أخرى عنه عليه السلام أيضاً « سأله عن رجل تزوّج امرأة على أن يعلمها
سورة من كتاب الله عزّ وجلّ فقال عليه السلام : ما أحبّ أن يدخل بها حتّى يعلمها السورة
و يعطيها شيئاً ، قلت : أيجوز أن يعطيها تمراً أو زيبياً ؟ فقال عليه السلام : لا بأس بذلك إذا
رضيت به كائناً ما كان ، ^(٦) .

. (٢٠١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨

. (٢٠٣) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨

. (٢٠٥) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠

فلا إشكال في جواز جعل المهر ما ذكر في المتن ، نعم حكى عن الشيخ - قدس سره -
 المنع عن جعل المنفعة مهرأ استناداً إلى رواية البرنطي عن الرضا عليه السلام قال : « قلت له :
 قول شعيب على نبيتنا وآله وعليه السلام «إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على
 أن تأجرني ثمانى حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك » أي « الاجلين قضى ؟ قال عليه السلام :
 الوفاء منهما أبعدهما عشرين » قلت : فدخل بها قبل أن ينقضي الشرط أو بعد انقضائه ؟
 قال : قبل أن ينقضي ، قلت : فالرجل يتزوج المرأة ويشترط لأبيها إجارة شهرين
 يجوز ذلك ؟ فقال : إن موسى قد علم أنه سيتم له شرطه فكيف لهذا بأن يعلم أنه
 سيبقى (يبقى خل) حتى يفي وقد كان الرجل على عهد رسول الله ﷺ يتزوج
 المرأة على السورة من القرآن وعلى الدرهم وعلى القبضة من الحنطة ، (١) .
 وجه الاستدلال عدم جواز جعل المهر إجارة نفسه من جهة أنه لا يعلم بالبقاء
 إلى أن يفي ، فيدل على أن « كل » أمر متدرج الوجود لا اطمينان بحصوله كالمنفعة لا
 يجوز جعله مهرأ .

وأورد على الاستدلال بها مضافاً إلى ضعف السند بوجوه منها تقريره عليه السلام السائل
 على ما زعمه من جواز جعل المهر لأب الزوجة مع أنه مخالف للأخبار الصحيحة
 الصريحة في عدم جواز ذلك معللاً بأنه ثمن رقبتها وهي أحق بمهرها ومنها ظهورها في
 كون المانع عدم الاطمينان بحصول المنفعة ومقتضى ذلك الجواز مع العلم بحصولها .
 ومنها أن مقتضى ما فيها من التعليل عدم جواز جعل تعليم السورة ونحوه مهرأ
 لعدم الاطمينان بحصوله مع أن جوازه مما قام عليه الإجماع وتضمنته نفس هذه الرواية
 ودلت عليه الأخبار . وأجيب بإمكان التفصي عن الكل أما عن الأول فبأن يقال :
 إن ما جعل للأب في الرواية هو نفس الإجارة وليست هي مهرأ لها بل المهر لها
 اشتراطها ولا محذور في جعله مهرأ بعد كونه مما يتعلق به غرض عقلائي ومشمولاً لعموم
 قوله عليه السلام في بعض الأخبار ما تراضيا عليه في جواب السؤال عن المهر . وأما عن الثاني

فبأن قوله ﷺ « إن موسى عليه السلام قد علم النخ » في مقام بيان حكمة الحكم لا علمه كي يدور الحكم مداره ، ويجوز جعل المنفعة مهراً فيما لو اطمئن بحصولها . وأما عن الثالث فبمنع كون مثل تعليم السورة ممّا لا اطمينان بحصوله .

و يمكن أن يقال : ما ذكر في التفصي عن الاشكال الأول يتم مع كون الاشتراط للمرأة وإن كان المشروط لا يبيها والسؤال في الرواية ليس ظاهراً فيه بل ظاهراً كونه نفس الاشتراط للأب ولا أقل من احتمال كلامه فلا بد من كون الجواب شاملاً له ، وما ذكر في التفصي عن الثاني يشكل من جهة أنه إذا كان الحكمة في المنع عدم الاطمينان بالوفاء فالعلم والاطمينان لا يفيدان فكيف علم الصحة في قضية موسى على نبينا وآله وعليه السلام وما ذكر في التفصي عن الثالث يشكل من أنه قد يجعل المهر تعليم مثل سورة البقرة وسورة آل عمران أو غيرها من السور الطوال والمرأة عجيبة لا تعرف شيئاً لا بد من تكرير الآيات مدة طويلة حتى تحفظ السورة بتمامها أو السورتين أو أزيد فكيف يمنع عدم حصول الاطمينان ؟ وكيف كان المشهور لم يعملوا بمضمون هذه الرواية ، وقالوا بضعف سندها وقد ظهر من الأخبار المذكورة كفاية ما تراضى به الزوجان والزوجة والزوجة من دون تقدير في القلة والكثرة ، والمحكي عن علم الهدى السيد المرتضى - قدس سره - المنع عن الزيادة عن مهر السنة وهو خمس مائة درهم وإن ما زاد على ذلك رد إلى هذه السنة .

واحتج عليه في الانتصار بعد إجماع الطائفة بأن المهر يتبعه أحكام شرعية فإذا وقع العقد على مهر السنة فما دون ترتبت عليه الأحكام بالاجماع وأما الزائد فليس عليه إجماع ولا دليل شرعي ، ولا يخفى ما فيه .

وأما الاستدلال له بما رواه الشيخ عن محمد بن سنان عن المفضل بن عمر قال : « دخلت على أبي عبد الله عليه السلام : فقلت له : أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمن أن يجوزه ؟ فقال عليه السلام : السنة المحمدية صلى الله عليه وآله على محمد وآله خمسمائة درهم فمن زاد على ذلك رد إلى السنة ولا شيء عليه أكثر من خمس مائة درهم فإن أعطاه من الخمس مائة درهم درهماً أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شيء عليه ، قال : قلت :

فإن طلقها بعد ما دخل بها ؟ قال : لا شيء لها إنما كان شرطها خمس مائة درهم فلمّا أن دخل بها قبل أن تستوفي صداقها هدم الصداق فلا شيء لها إنما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها فإذا طلبت بعد ذلك في حياته أو بعد موته فلا شيء لها ^(١) ، فمع ضعف السند ومعارضته للأخبار المعتبرة ومخالفته لقوله تعالى « وإن آتيتن إحدهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً » لا مجال للعمل به .

وأما لزوم تعيين المهر بالوصف أو الإشارة وكفاية المشاهدة فهو المصرّح به في كلمات الأصحاب و يشكّل من جهة أنّه إن كان النظر إلى نفي الفرر فالدليل المعتبر عليه مخصوص بالبيع ويتعدّى عنه إلى الإجارة ، وقيل : كذلك الصلح المبني على المدافعة ، وعلى فرض التمسك في المقام لا بدّ من التعيين كما في البيع ولا يلتزمون به في المقام فلا يبعد التمسك باطلاق الأخبار للصحة مع عدم التعيين .

وبدل على الصحة الصحيحة المتقدمة المتضمنة لحكاية المرأة التي أتت إلى رسول الله ﷺ وطلبت أن يزوّجها فإنّ المهر فيها قد جعل ما يحسنه الرجل من القرآن ولم يسأل عن مقداره وما دلّ من الأخبار على جواز جعل المهر بيتاً أو داراً أو خادماً وإنّ لها الوسط منها .

﴿ ولو تزوّجها على خادم فلم يتعين فلها وسطه ، وكذا لو قال : دار أو بيت ، ولو قال : على السنة كان خمسمائة درهم ، ولو سمى لها مهراً ولاً بيها شيئاً سقط ماسمى له ، ولو عقد الذميّان على خمر أو خنزير صح ، ولو أسلما أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة عيناً أو مضموناً ، ولا يجوز عقد المسلم على الخمر ولو عقد صح ، ولها مع الدخول مهر المثل وقيل يبطل العقد ﴾ .

لو تزوّجها على خادم من دون التعيين صحّ وبدل على الصحة والتعيين في الوسط مارواه في الكافي والتهذيب عن ابن أبي عمير عن عليّ بن أبي حمزة قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام تزوّج رجلاً امرأة على خادم ؟ قال : فقال : لها وسط : من الخدم ، قال : قلت :

على بيت ؟ قال : وسط من البيوت ^(١) .

وما رواه في التهذيب في الصحيح عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا ، عن أبي الحسن عليه السلام : في رجل تزوج امرأة على دار ؟ قال : لها دار وسط ^(٢) .

وما رواه في الكافي عن علي بن أبي حمزة قال : سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن رجل تزوج ابنته ابن أخيه وأمهرها بيتاً وخادماً ، ثم مات الرجل ؟ قال : يؤخذ المهر من وسط المال ، قال : قلت : فالبيت والخادم ؟ قال : وسط من البيوت ، والخادم وسط من الخدم قلت : ثلاثين أربعين ديناراً ؟ والبيت نحو من ذلك ؟ فقال : هذا يعني سبعين ثمانين ديناراً مائة نحو من ذلك ^(٣) .

فقد يتوقف في الحكم من جهة ضعف السند من جهة علي بن أبي حمزة رأس الواقفة وقد يؤخذ بمضمون الأخبار المذكورة ويقتصر على ما ذكر في الأخبار المذكورة لكونها على خلاف ما تسالموا عليه .

ويمكن أن يقال : أمّا ضعف السند فمع رواية ابن أبي عمير مع جلالة قدره وخصوص ما رواه في الصحيح المذكور لا يوجب الإشكال ، وأمّا الاختصار على مورد النص فهو على تقدير كون الحكم على خلاف الأصول والقواعد ، وأمّا مع عدم الدليل على لزوم التعيين وكفاية الإطلاقات فلا يبعد التعدّي إلى غير ما ذكر في النصوص المذكورة لكن مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن الأخبار المذكورة عدم تعيين الوسط بل جواز الاختصار على ما يصدق العنوان المذكور في العقد عليه كما أنه لو أخذت المرأة الفرد الأكمل ما أخذت الزائد عن حقها لكونه مصداقاً فإن استفيد من الأخبار تعيين الوسط أشكل التعدّي عن موردها ، وإن كان التعيين رعاية لطرف الزوج والزوجة بحيث لو تراضيا على أحد الطرفين كان لهما ذلك أمكن التعدّي لكنه مع ذلك يشكل الاحتياج إلى رضی الزوجة لأنها لا تستحق إلا ما صدق عليه ما هو مذكور في العقد .

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ والتهذيب ج ٢ ص ٢١٨ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٢٢٠ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٣٨١ .

ولو تزوّج على السنّة ولم يسمّ مهرأ فالمشهور من غير خلاف يعرف أن مهرها خمسمائة درهم واستدلّ عليه بما رواه في التهذيب عن أسامة بن حفص القيسم لأبي الحسن موسى عليه السلام المعتبر بوجود المجمع على تصحيح ما يصحّ عنه في سنده وبالأنجبار بعمل الأصحاب قال : « قلت له رجل تزوّج امرأة ولم يسمّ لها مهرأ و كان في الكلام أتزوّجك على كتاب الله وسنّة نبيّه صلّى الله عليه وآله فمات عنها أو أراد أن يدخل بها فمالها من المهر؟ قال عليه السلام مهر السنّة ، قال : قلت : يقول أهلها : مهور نسائها ، فقال : هو مهر السنّة و كلما قلت له شيئاً قال عليه السلام : مهر السنّة ^(١) .

وقد يقرب الاستدلال بعد حملها على ما إذا كان المراد من هذه العبارة يعني قوله على كتاب الله وسنّة نبيّه صلّى الله عليه وآله ، هو خصوص مهر السنّة أوجميع ما اعتبر في التزويج في الكتاب و السنّة من الشرائط والخصوصيات التي منها كون المهر خمسمائة درهم إذا لو كان المراد بهذه العبارة أنّه نكاح غير سفاح من غير أن يقصد منها المهر عموماً أو خصوصاً كان الواجب مهر المثل لعدم ذكر المهر حينئذ بأنه لما كان الزوّج والزّوجة في مورد السؤال جاهلين حين العقد بمقدار ما عقدا عليه من مهر السنّة و توهم أهلها فساد هذا المهر بمكان الفرر واستحقاقها مهر المثل أجاب الإمام عليه السلام باستحقاقها لما عقدا عليه من مهر السنّة وأنّ الجهالة لا تضرّ بصحّته لكن يرد عليه أنّه لو كان السؤال في الرّواية عن صحّة المهر وفساده من جهة الجهالة بمقداره لم يكن وجه لتوهم أهلها أنّ لها مهر نسائها لومات عنها زوجها أو أراد الدّخول بها ، ضرورة أنّه لو كان المهر المذكور في العقد فاسداً يكون العقد كالخالي عن المهر رأساً في أنّها لا تستحقّ إلا مهر المثل بالدّخول لا بإرادته وأنّها لومات عنها زوجها قبله لا تستحقّ شيئاً إلا أن يحمل هذا التوهم من أهلها على جهلهم بالمسئلة فتدبر .

و يمكن أن يقال : هذا التقريب يشكّل كفايته لما ذهب إليه المشهور حيث إنّ ظاهر كلماتهم أنّه متى عبّر في العقد بالعبارة المذكورة تستحقّ المرأة خمسمائة درهم

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٧ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٢٥ .

مع أن هذه العبارة قابلة لأن يراد منها النكاح المشروع غير السفاح و يبعد أن يراد منها خصوص مهر السنة من جهة عدم ذكره في الكتاب ، والتوجيه بأنه ورد في الكتاب « ما آتاكم الرسول فخذوه » بعيد لعدم توجه عموم الناس لهذا بل لعل العطف يوجب المفارقة بغير هذا الوجه .

ولو سمي للمرأة مهراً ولاً بينها شيئاً سقط ما سمي له ، أما صحة المهر الذي جعله للزوجة و بطلان ماسمائه لغيره فظاهر الأصحاب الاتفاق عليهما و استدلوأعلى ذلك بصحيفة الوشاء عن الرضا عليه السلام قال : « لو أن رجلاً تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً والذي جعله لأبيها فاسداً ^(١) » . ولا يخفى أن ظاهر الصحيحة أن عشرة آلاف المجهول لأبيها كان فاسداً فلو فرض أن شرط الزوج للمرأة أن يعطي الأب شيئاً بحيث يكون الشرط للمرأة وداخلا في مهرها و المشروط للأب أو بنحو شرط النتيجة و ملكية الأب لشيء ، كما لو باع شيئاً و شرط للمشتري أن يعطي شخصاً آخر شيئاً أو يملك عليه شيئاً أو يعمل له عملاً فالظاهر عدم شمول الصحيحة للمفروض ولا أقل من الشك ولا ينافي ما دل من الأخبار المانعة من جعل المهر لأب الزوجة معللاً بأنه ثمن رقبتها الشاملة باطلاقها لجعل بعض المهر لأبيها . ألا ترى صحة البيع واشتراط شيء لغير البائع بنحو يكون الشرط للبائع و المشروط للغير مع التسالم على أن مقتضى المعارضة دخول العوض في ملك من يخرج عن ملكه المعروض .

ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح سواء قيل بأن الكفار ليسوا مكلفين بالأحكام الوضعية وأن ما بأيديهم من الأسباب صحيح مؤثر في حصول ما قصدوه منها من المسببات وإن كان الظاهر خلافه بل مقتضى إطلاق الأدلة عدم الفرق بين المكلفين والكفار مكلفون بجميع الفروع كالأصول ، و هل يمكن القول بصحة نكاح المحارم كما يلتزم به المجوس بناءً على كونهم من أهل الذمة ، أو قلنا بأنهم مكلفون كالمسلمين

غاية الأمر إنهم مقرّون على صحّة ما في أيديهم من الأسباب مما شاة معهم وإلزاماً لهم بما ألزموا على أنفسهم مع كونها فاسدة غير مؤثرة فيما قصدوه منها من الآثار ، وذلك لأنّ الخمر والخنزير يصحّ تملكها في شريعتهم فيصحّ لهم جعلها مهراً ، وحينئذ لو أسلما أو أسلم أحدهما فإن كان بعد القبض فلا إشكال في أنّه لا شيء للزّوجة على الزّوج لبراءة ذمّته وإن كان قبل القبض فهل يجب على الزّوج دفع ما هو القيمة عند المستحلين تنزيلاً لتعذّر التسليم منزلة التلف أو الواجب مهر المثل تنزيلاً لتعذّر التسليم منزلة الفساد .

ذهب المشهور إلى الأوّل ويدلّ عليه ما رواه المشايخ الثلاثة عن رومي بن زرارة ، عن عبيد بن زرارة قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : النصراني يتزوّج النصرانية على ثلاثين دنّاً من خمر أو ثلاثين خنزيراً ثمّ أسلما بعد ذلك و لم يكن دخل بها ؟ قال عليه السلام : ينظر كم قيمة الخمر وكم قيمة الخنزير فيرسل بها إليها ، ثمّ يدخل عليها وهما على نكاحهما الأوّل ، (١) .

ولا يعارضه ما رواه في الكافي والتهذيب عن طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سأله رجل عن رجلين من أهل الذّمّة أو من أهل الحرب تزوّج كل واحد منهما امرأة وأمرها خمر أو خنازير ، ثمّ أسلما ؟ فقال عليه السلام : ذلك النكاح جائز حلال لا يحرم من قبل الخمر ولا من قبل الخنازير ، قلت : فإن أسلما قبل أن يدفع إليها الخمر ؟ قال : إذا أسلما حرم عليه أن يدفع إليها شيئاً من ذلك و لكن يعطيها صداقها ، (٢) .

قد يقال في دفع المعارضة : إنّ الرواية الأولى صريحة في وجوب الانتقال إلى القيمة بخلاف الثانية فإنّها ليست إلّا ظاهرة في وجوب الانتقال إلى مهر المثل ، وذلك لا مكان محل الصداق فيها على القيمة مضافاً إلى أنّ الظاهر أنّ المراد من قول الرّأي في الثانية

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢١٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٦ والتهذيب ج ٢ ص ٢١٤ .

« فان أسلما - النخ ، هو إسلام الرّجلين لا إسلام الزّوج والزّوجة ، فتكون الرّواية خارجة موضوعاً عما نحن فيه .

ويمكن أن يقال : أمّا الرّواية الأولى فعملها على صورة عدم قبض المهر مشكل بل إطلاقه يشمل صورتى القبض و عدم القبض ، فما ذكر من أنّه لا إشكال مع القبض مشكل إلا أن يكون إتفاق .

وأما ما ذكر من رفع المعارضة بين الخبرين فلا نسلم فيه صراحة الأولى في تعيين القيمة بل هي ظاهرة في التعيّن فلا يبعد الجمع برفع اليد عن ظهور كلّ فيها بنصّ الآخر أو كالنصّ ، فإنّ حمل الثانية على القيمة بعيد لا يصار إليه .

و أمّا ما ذكر من ظهور قوله في الثانية « فان أسلما - النخ ، في إسلام الرّجلين لا الزّوج والزّوجة فيشكل من جهة أنّه لا يناسب مع قوله قبل أن يدفع إليها الخمر إلخ ، بل كان المناسب أن يقول قبل أن يدفعاً إليهما الخمر والخنزير هذا مضافاً إلى أنّه بعد ما حرّم دفع المسمّى إلى الزّوجة ولو كانت كفرة لعلّه لا يفرّق الأصحاب بين صورة إسلام الزّوجة و عدم إسلامها ، ثمّ إنّهُ لا فرق بين كون المهر عيناً شخصية كخمر شخصية أو خنزير شخصى أو كلّى مضمون وإطلاق الخبرين يشملهما ولا يجوز عقد المسلم على مثل الخمر والخنزير ممّا لماليّة له في الشرع المقدس بمعنى أنّه لا يصير مهراً ولو وقع العقد وانفسد المهر . أويقع العقد باطلاً الظاهر عدم الاشكال في الصحة فيما إذا عقدا على مالا ماليّة له في الشرع بزعم كونه ممّا يصحّ تملكه كما لو عقدا على ظرف من الخمر بزعم أنّه خلّ و إنّما وقع الخلاف في صورة التوجه و العلم ، فذهب جماعة إلى البطلان و استدلّ لهم بأنّ رضا الزّوجة بالنكاح كان معلقاً على صيرورة المهر المسمّى ملكاً لها فاذا لم يصّر المسمّى لبطلانه ملكاً لها فلا رضا لها بالنكاح ، و بأنّ النكاح مع ذكر المهر فيه من العقود المعاوضة لدخول الباء على المهر وإطلاق الأجر في قوله تعالى «فآتوهنّ أجورهنّ» فلا بدّ أن يعتبر فيه ما يعتبر فيها من توقّف صحّتها على صحّة العوض ولا ينافي صحّته بلا مهر جريان حكم المعاوضة مع ذكر المهر .

و يمكن أن يقال : أوّلاً كثيراً تكون الزّوجة راضية بالنكاح مع قطع النظر عن المهر المسمّى في العقد فيكون من باب تعدّد المطلوب ، و على فرض وحدة المطلوب

لا يكون المهر من قبيل العوض في باب البيع والإجارة و ليس ركناً في النكاح و لذا يصح النكاح بدون ذكر المهر بخلاف باب البيع والإجارة ، نعم لا إشكال في الارتباط فمع الارتباط يكون نظير شروط المذكورة في ضمن العقود فمع عدم الإمضاء من طرف الشرع المقدس لا يخرج العقد عن القصد ، ألا ترى أنه لو شرب الصائم مايعاً بتوهم أنه ماء بحيث لولا هذا التوهم لما شرب لم يخرج شرب هذا المايح مع أنه لم يكن ماءً عن الإفطار العمدي ، و أوضح من هذا ما لو توجهه إلى عدم الإمضاء من قبل الشرع .

و يمكن الاستدلال بما دلّ من الأخبار على أنه لو اشترط في العقد ما يخالف المشروع مثل أن لا يتزوج عليها أولاً يتسرى بطل الشرط و صحّ العقد معطلاً بأن شرط الله قبل شرطكم .

﴿ الطرف الثاني التفويض : لا يشترط في الصحة ذكر المهر فلو أغفله أو شرط أن لا مهر لها فالعقد صحيح ، و لو طلق فلها المنة قبل الدخول و بعده لها مهر المثل ، و يعتبر في مهر المثل حالها في الشرف والجمال وفي المنة حاله ، فالغنى يتمتع بالثوب المرتفع أو عشرة دنانير فأزيد ، والفقر بالخاتم أو الدرهم ، والمتوسط بينهما ، ولو جعل الحكم لأحدهما في تقدير المهر صحّ ، و يحكم الزوج بما شاء وإن قلّ ، وإن حكمت المرأة لم تتجاوز مهر السنة ، ولو مات الحاكم قبل الدخول و قبل الحكم فالمرءى لها المنة ﴾ .

لا خلاف في أن ذكر المهر ليس شرطاً في صحة عقد و يدلّ عليه قوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهنّ أو تفرضوا لهنّ فريضة ومتعوهنّ على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ، والنصوص منها ما رواه في الكافي عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة و لم يفرض لها صداقاً ، ثم دخل بها ، قال عليه السلام : صداق نساؤها ، ^(١) . وفي رواية أخرى له عنه عليه السلام « سأله عن رجل تزوّج امرأة و لم يفرض لها

صداقاً فمات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها مالها عليه ؟ قال عليه السلام : ليس لها صداق وهي ترثه ويرثها ^(١) .

و ما رواه الشيخ في الموثق عن منصور بن حازم قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ؟ قال عليه السلام : لا شيء لها من الصداق ، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها ^(٢) » .

و ما عن الحلبي في الصحيح قال : « سأله عن رجل تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهراً ، ثم طلقها ؟ فقال : لها مهر ، مثل مهور نسائها ويمتعتها ^(٣) » .

و ما عن أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : سأله عن رجل تزوج امرأة فوهم أن يسمى لها صداقاً حتى دخل بها ؟ قال عليه السلام : السنة ، والسنة خمسمائة درهم ^(٤) .

فالتزويج بدون ذكر المهر صحيح بلا إشكال ولا خلاف .

وأما لو شرط عدم المهر حتى بعد الدخول فلا إشكال ولا خلاف في فساد الشرط لكونه خلاف السنة ، والمعروف فساد العقد أيضاً ولعل وجهه صحيحة الحلبي : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة تهب نفسها للرجل ينكحها بغير مهر ، فقال عليه السلام : إنما كان هذا للنبي ﷺ وأما لغيره فلا يصلح هذا حتى يعوضها شيئاً يقدم إليها قبل أن يدخل بها قل أو كثر . ولو ثوب أو درهم وقال : يجزى الدرهم ^(٥) .

وقد يقال : لا يخفى عدم دلالتها على فساد العقد لاحتمال أن يكون المراد من ينكحها في قول السائل هو الوطي فلا دلالة لها إلا على عدم جواز الدخول بغير عوض ، ويمكن أن يقال : يبعد أن يكون المراد الوطي لخروجه عن النكاح الدائم والمنقطع وكيف مثل الحلبي يخفى عليه حتى يحتاج إلى السؤال ، وعلى فرض احتمال هذا المعنى

(١) الكافي ج ٧ ص ١٣٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢١٥ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١٧ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٥ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٣١٧ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٥ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٨٤ .

واحتمال العقد لا بدّ من أن ينطبق الجواب على كلا الاحتمالين ، نعم يمكن الخدشة بالدلالة من جهة عدم ظهور لا يصلح في عدم الجواز الوضعي مع اقترانه بقوله حتى يعوّضها شيئاً يقدم إليها مع أن الإعطاء قبل الدخول غير لازم .

ثمّ إنّ له لا إشكال في أن مجرد العقد في تفويض البضع لا يوجب المهر ولا المتعة وإنّما يجب مهر المثل بالدخول والمتعة بالطلاق قبل الدخول ويدلّ عليه قوله تعالى في الآية الشريفة والأخبار المذكورة والمعروف بين الأصحاب أن المعتبر في مهر المثل حال المرأة فالمراد به ما يبذل في مقابل نكاح أمثالها ممّن كانت متّصفة بمثل صفاتها وما هي عليه من الشرف والجمال وعادة نسائها والسنّ والبكارة والثروة والعقل والعفة والأدب وحسن تدبير المنزل وأضدادها وبالجملة ما يختلف به الغرض والرغبة والمذكور في الأخبار قولهم **قالوا** : لها صداق نسائها ، ومهر مثل مهور نسائها الظاهر في نساء أهلها وقد يوجه بدعوى أن المراد من نسائها فيها من شابهتها في الصفات من نساء أهلها من جهة أن ذلك نوع من التقويم الذي ينبغي ويبعد هذا التوجيه أنّه على هذا ليس لذكر خصوص نسائها فائدة ، وربما لم يكن في نسائها من تكون مثلها فالظاهر ملاحظة نساء أهلها من دون ملاحظة ما ذكر والمعروف أيضاً أنّه يرجع إلى مهر المثل ما لم يتجاوز عن مهر السنّة ومع التجاوز يردّ إلى مهر السنّة .

واستدلّ عليهم مضافاً إلى دعوى الإجماع برواية أبي بصير المذكورة وأورد عليه بأنّ الرواية مع ضعف سندها وإن كانت منجبرة بالشهرة قاصرة الدلالة من جهة أنّها ظاهرة بقريضة الفاء في مفوضة المهر لا مفوضة البضع وهذه محلّ كلامنا ، بل يمكن دعوى أن موردها ليس المفوضة أصلاً لأنّ ظاهرها أنّه كان بناؤه على ذكر المهر ونسبه ، هذا مضافاً إلى أن مقتضى إطلاقها هو استحقاقها لمهر السنّة بالدخول مطلقاً سواء كان مهر مثلها أقلّ من مهر السنّة أو أكثر فتقع المعارضة بينها وبين ما دلّ على أنّها تستحقّ بالدخول مهر نسائها أقلّ من مهر السنّة أو أكثر . ثمّ جمع بينهما بحمل مهر النساء في الثاني على مهر السنّة ، واستشهد لهذا الجمع بأخبار منها صحيح الحلبيّ عن أبي عبد الله **عليه السلام** قال : « سألته عن المهر فقال : ما تراضى عليه الناس أو اثنتي عشرة

أوقية و نش أو خمسمائة درهم ، (١) .

و منها رواية جميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « المهر ما تراضى عليه الناس أو اثنتى عشرة أوقية و نش أو خمسمائة درهم ، (٢) .

و ما في ذيل رواية العياشي عن عمر بن يزيد في جواب السؤال عن مقدار مهر المثل أن مهر المؤمنات خمسمائة و هو مهر السنة ، و قد يكون أقل من خمسمائة ولا يكون أكثر من ذلك و من كان مهرها و مهر نساؤها أقل من خمسمائة أعطى ذلك الشيء و من فخر و بذخ بالمهر فازداد على خمسمائة ثم و جب عليها مهر نساؤها في علة من العلل لم يزد على مهر السنة خمسمائة درهم ، ويمكن أن يقال : لم نفهم شهادة صحيح المذكور و رواية جميل لما ذكر من الجمع كما لا يخفى .

و أما رواية العياشي فمحمولة على أن المؤمنات لا ينبغي أن يكون مهرهن أزيد من مهر السنة ، وليست إخباراً بأن مهرهن لا يكون أزيد فمع كون المهر أزيد كيف يرد إلى مهر السنة مع ظهور ما دل على أن المفوضة مهرها مهر نساؤها و كونه في مقام البيان فيشكل رفع اليد بواسطة خبر العياشي .

ثم إن ظاهر الفتاوى عدم ثبوت المتعة إلا للمفوضة التي طلقت قبل الدخول و استدلوا عليه مضافاً إلى قوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة و تمسوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ، بأخبار كثيرة .

منها رواية علي بن أحمد بن أشيم قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام : أخبرني عن المطلقة التي تجب لها على زوجها المتعة أيهن هي ؟ فإن بعض مواليك يزعم أنها تجب المتعة للمطلقة التي قد بأت و ليس لزوجها عليها رجعة و التي عليها رجعة فلا متعة لها ، فكتب عليه السلام البائنة ، (٣) بناءً على كون المراد من البائنة هي المطلقة قبل الدخول .

(٢١) الكافي ج ٢ ص ٣٧٨ و ٣٧٩ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٨ .

و رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام : « في الرجل يطلق امرأته قبل أن يدخل بها ؟ قال عليه السلام : عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً وإن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على نحو ما يمتع به مثلها من النساء ، (١) .

و رواية أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها ، وإن لم يكن سمى لها مهراً فمتاع بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدرة ، وليس لها عدة تزويج إن شاءت من ساعتها ، (٢) .

و رواية الحسن بن زياد ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها ، قال : فقال : إن كان سمى لها مهراً فلها نصفه ، وإن لم يكن سمى لها مهراً فلا مهر لها ، و لكن يمتعها إن شاء الله يقول : « و للمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين ، (٣) .

و رواية أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها - إلى أن قال - وإن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على نحو ما يمتع به مثلها من النساء ، (٤) .

و ما عن فقه الرضا عليه السلام : « كل من طلق امرأته من قبل أن يدخل بها فلا عدة عليها منه ، فإن كان سمى لها صداقاً فلها نصف الصداق ، وإن لم يكن سمى لها صداقاً يمتعها بشيء قل أو أكثر على قدر يساره فالموسع يمتع بخادم أو دابة ، والوسط بثوب ، والفقير بدرهم و خاتم كما قال الله تعالى « و متعوهن » على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعاً بالمعروف ، .

و قد يقال : لا يخفى عدم دلالة شيء منها على حصر المتعة و اختصاصها بالمطلقة الغير المدخول بها ، أما الآية الشريفة فلعدم دلالتها إلا على اشتراط انتفاء المهر للمطلقة

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ والتهذيب ج ٢ ص ٢٨٨ .

(٢) الفقيه باب طلاق التي لم يدخل بها تحت رقم ١ ، ورواه العياشي ج ١ ص ١٢٢ .

(٣) رواه العياشي ج ١ ص ١٣٠ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٨ .

بانتفاء أحد الأمرين من الدخول و فرض الفريضة .

أما اشتراط ثبوت المتعة لها بانتفاء أحدهما كي تدل بمفهومها على عدم ثبوتها عند وجود أحدهما فلا دلالة لها عليه أصلاً و إنما تدل على مجرد ثبوتها للمطلقة التي لا مهر لها لا انتفاء أحد الأمرين ، ومن المعلوم أن مجرد تغيير موضوع الحكم بقيد لا يوجب إلا تضيق موضوع ذلك الحكم لا انتفاء عنه عند انتفاء ذلك القيد و من هنا ظهر وجه عدم دلالة الأخبار أيضاً على الحصر والاختصاص ، وذلك لعدم دلالتها إلا على ثبوت المتعة للمطلقة الغير المدخول بها .

و أما اشتراط ثبوتها لها بعدم الدخول كي يدل على حصرها و اختصاصها بغير المدخول بها فلا دلالة لها عليه أصلاً فتدبر ، نعم رواية علي بن أحمد تدل على الحصر بغير المدخولة بناء على حمل قوله عليه السلام فيها «البائنة» على المطلقة قبل الدخول، لكن لاشاهد على هذا الحمل .

و يمكن أن يقال : ما ذكر من أن مجرد تقييد موضوع الحكم بقيد لا يوجب النسخ بشكل لأن الأصل في القيد والاحترازية فمع انتفاء القيد ينتفي الحكم إلا أن يقوم مقام القيد المذكور قيد آخر ، و أما رواية علي بن أحمد المذكورة فالمستفاد منها الحصر في البائن والبائن الغير المدخول بها والمطلقة ثلاثاً فلا بد من مدخلية البيئونة وعدم استحقاق الزوج للرّجوع ، و على هذا فلامجال للتمسك بمثل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل تزوّج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهراً ، ثم طلقها قال عليه السلام لها مثل مهور نسائها و يمتعها ، ^(١) .

وخبره الآخر عنه عليه السلام «في قول الله تعالى «وللمطلقات متاع بالمعروف» قال : متاعها بعد أن تنقضي عدتها على الموسع قدره و على المقتر قدره ، ^(٢) مع أن العدة مخصوصة في غير الوفاة بالمدخول بها .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ .

(٢) » » » » »

ورواية زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام : «متعة النساء واجبة دخل بها أو لم يدخل بها» ^(١) للتميم وذلك لظهور الأخبار في أن المدخول بها ليس لها مع عدم فرض المهر إلا مهر نسائها ولا يجب لها المتعة ولا تنافي استحبابها بل ادعى الاجماع على اختصاص الوجوب بالمطلقة المفوضة التي لم يفرض لها المهر ولم يدخل بها .

ثم إن ظاهر الأصحاب أن المعتبر في المتعة حال الزوج خاصة وهذا هو الظاهر من الكتاب العزيز وخبر الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام : «إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها فإن لم يكن سمى لها مهرأ فمتاعاً بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدره» ^(٢) .

وقد يقال : الظاهر من قوله تعالى ومن قوله عليه السلام : «على الموسع قدره و على المقتر قدره» هو اعتبار حال الزوج في مقام الإعطاء و حينئذ لا ينافي اعتبار حالها ضرورة أنه كما أن حال الزوج يتفاوت في مقام الإعطاء بحسب كونه موسعاً أو مقترأ كذلك يتفاوت بحسب كون المستعطى شريفاً أو ضيعاً ، ويؤيد ذلك ما في صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام : «في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها من قوله عليه السلام : عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً وإن لم يكن فرض لها فليمتعها على نحو ما يمتع مثلها من النساء» ^(٣) .

ورواية أبي بصير : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها - إلى أن قال : - وإن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على نحو ما يمتع به مثلها من النساء» ^(٤) .

ويمكن أن يقال : ظاهر الآية الشريفة وخبر الكناني اعتبار حال الزوج ليس غير في مقام الوجوب وظاهر الخبرين المذكورين اعتبار حال الزوج فمع التعارض ترجيح بموافقة الكتاب وما ذكر من عدم المنافات لم يظهر وجهه ، ثم إن ظاهر الآية الشريفة وكثير

(١) رواء العياشي ج ١ ص ١٣٠ .

(٢) الفقيه باب طلاق التي لم يدخل بها تحت رقم ١ .

(٣) و (٤) تقدما ص ٣٩٧ .

من النصوص هو انقسام حال الزَّوْج إلى السعة والاقطار والمشهور زيادة قسم ثالث وهو التوسط ، ويدل عليه ما في المحكمي عن فقه الرضا عليه السلام من قوله « وإن لم يكن سمي لها صداقاً يمتنعها بشيء قل أو كثر على قدر يساره ، فالموسع يمتنع بخادم أو دابة و الوسط بثوب و الفقير يمتنع بدرهم أو خاتم كما قال الله تعالى « ومنتهون » - الخ ، وما في محكمي الفقيه ^(١) من أنه « روي أن الغني يمتنع بدار أو خادم و الوسط يمتنع بثوب والفقير يمتنع بدرهم أو خاتم ، » و روي أن أدناء خمار وشبهه .

ولا يبعد أن يكون المتوسط داخل في الموسع المقابل للمقتر وإن كان الموسع بدون المقابلة مع المقتر يكون مقابلاً للمتوسط أيضاً وعلى هذا ليس المتوسط خارجاً عن الآية والأخبار .

ولو جعل الحكم في تعيين المهر لأحد الزوجين صحّاً بخلاف ظاهر آية الأصحاب يدل عليه الأخبار منها ما روى في الكافي و التهذيب في الحسن عن الحسن بن زرارة عن أبيه قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على حكمها ؟ قال : لا تجاوز بحكمها مهر نساء آل محمد عليهم السلام اثنتي عشرة أوقية ونش وهو وزن خمسمائة درهم من الفضة ، قلت : أرأيت إن تزوجها على حكمه ورضيت بذلك ؟ فقال : ما حكم به من شيء فهو جائز عليها قليلاً كان أو كثيراً ، قال : فقلت له : كيف لم تجز حكمها عليه وأجزت حكمه عليها ؟ قال : فقال لأنه حكمها فلم يكن لها أن تجوز ماسن رسول الله صلى الله عليه وآله وتزوج عليه نساء فرددتها إلى السنة و لأنها هي حكمته وجعلت الأمر إليه في المهر ورضيت بحكمه في ذلك فعليها أن تقبل حكمه قليلاً أو كثيراً ، ^(٢) .

ومنها ما روى المشايخ الثلاثة عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة على حكمها أو حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها ؟ قال : لها المتعة والميراث ولا مهر لها ، قلت : فإن طلقها وقد تزوجها على حكمها ؟ قال : إذا طلقها وقد تزوجها على حكمها لم يتجاوز على حكمها عليه أكثر من وزن خمسمائة

(١) المصدر باب طلاق التي لم يدخل بها تحت رقم ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٧٩ .

درهم فضة مهور نساء رسول الله ﷺ (١) .

ومنها صحيحة أبي جعفر (يعني الأحول) «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأة بحكمها ، ثم مات قبل أن تحكم ؟ قال : ليس لها صداق وهي ترث (٢) .
ومنها خبر أبي بصير « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يفوض إليه صداق امرأته فينقص عن صداق نساؤها ؟ قال : يلحق بمهر نساؤها (٣) .

وقد يقال : تفويض المهر يتصور على قسمين أحدهما أن يذكر المهر في العقد على نحو الإجمال وفوض تعيينه إلى أحد الزوجين أو إلى أجنبي . ثانيهما أن لا يذكر المهر في العقد أصلاً إلا أنه فوض فيه أصل فرض المهر وتقديره إلى أحد الزوجين أو الأجنبي ولا فرق بينهما في أن كليهما من المهر المجهول ، أما الأول فواضح وأما الثاني فلأن مرجع تفويض أصل تقدير المهر إلى أحد الزوجين إلى جعل مهر يفرضه أحدهما ونظير هذين القسمين من حيث الجهالة في العوض في المعاوضات كالبيع مثلاً هو أن يبيع المتاع تارة بقميته السوقية مع جهلها بها حال العقد وأخرى بأن يبيعه بما يعينه أحدهما أو كلاهما فيما بعد ، فإذا كان كلا القسمين من المهر المجهول فلا فرق بينهما في أنه لودل دليل على صحتهما أو صحة أحدهما كان على خلاف القاعدة الأولية المقتضية للزوم تعيين المهر بما يرفع الجهالة ، ويستظهر من الأخبار المذكورة صحة القسم الثاني لا الأول .

ويمكن أن يقال : لم يظهر فرق بين القسمين المذكورين لأن المفروض أن العقد ليس بلامهر غاية الأمر تارة يكون ذكر المهر بنحو الإجمال في العقد ويفوض تعيينه إلى أحد الزوجين أو كليهما أو الأجنبي وأخرى لم يذكر المهر في العقد لكن ذكر في العقد فرض المهر وتقديره إلى من ذكر ، وقد جعل هذا في الكلام المذكور بعد ما ذكر من العقد على المهر المجهول وكذا الكلام فيما ذكر في البيع ، وكيف كان لم يظهر دليل

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٩ و التهذيب ج ٢ ص ٢١٧ . الفقيه باب ما أحل الله من النكاح

تحت رقم ٣٢ .

(٢) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٣٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١٧ و ٢٢٧ والاستبصار ج ٣ ص ٢٣٠ .

على عدم الصحة وأنها خلاف القاعدة فيقتصر على ما يستفاد من الأخبار المذكورة لأنه قد سبق ذكر الأخبار في باب المهر وفيها ما دل على جواز التزويج على ما يحسن الرجل من القرآن بأن يعلم المرأة مع عدم معلومية المقدار .

فلو طلقها قبل الدخول وقبل الحكم فالمعروف بين الأصحاب أن الحاكم يجبر الحاكم في باب المهر على الحكم مقدّمة لا يصل الحق إلى ذي الحق وكلن لها النصف مما حكم به .

و استدّلوا عليه مضافاً إلى استصحاب حكومته الثابتة قبل الطلاق بعموم المؤمنين عند شروطهم ، الدال على لزوم الوفاء بما شرطه في العقد من فرض المهر مطلقاً سواء طلقها قبل فرضه أولاً ، وبقوله عليه السلام في صحيحة ابن مسلم المتقدمة «إذا طلقها وقد تزوّجها على حكمها لم يتجاوز بحكمها عليه أكثر من وزن خمسمائة درهم الخبر» فإنه بضميمة عدم القول بالفصل بين ما لو كانت هي الحاكمة أو الزوج يدل على أن عليه الحكومة إلى ما بعد الطلاق و استشكل بأنه إن كان هناك إجماع على ما ذكره الأصحاب فهو وإلا فلا استدلال عليه بما ذكره من الوجوه في غاية الاشكال ضرورة أنه لا مجال للاستصحاب وعموم المؤمنين مع الآية الشريفة و هي قوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » حيث تكون حاكمة على الاستصحاب ومخصصة لعموم الوفاء بالشرط هذا مع إمكان المنع عن عمومها لما بعد الطلاق لأن عمومها لعمومهم على كون اشتراط تقدير المهر مطلقاً بالنسبة إلى حالتها وقوع الطلاق قبل التقدير وعدم وقوعه واشتراطه كذلك مخالف لعموم الآية الشريفة فلا يشمل عموم المؤمنين ، لأنه مقيّد بعدم كونه مخالفاً للكتاب .

وأما الاستدلال بالصحيحة بضميمة عدم القول بالفصل ففيه أن الحجة المعتبرة هي القول بعدم الفصل لا عدم القول به . ويمكن أن يقال : لأنسلك شمول الآية الشريفة للمقام لأن المفروض وقوع العقد على المهر المجهول ولذا كان نظير البيع بالقيمة التي يعينه المشتري أو البايع أو كلاهما فإنه مع عدم الثمن لا معنى لقصد البيع فمع عدم شمول الآية يقع الإشكال في شمول المؤمنين عند شروطهم ، من جهة أنه إذا كان الشرط ما

كان في ضمن العقد على ما حكى من القاموس أو لا يجب الوفاء به إلا إذا كان في ضمن عقد على المشهور فمع وقوع الطلاق كيف يعتبر بقاء عقد النكاح حتى يجب الوفاء بالشرط الواقع في ضمنه فلعله من قبيل انفساخ العقد .

وأما ما ذكر من منع عموم « المؤمنون عند شروطهم » لما بعد الطلاق لكونه مخالفاً للكتاب فيشكل من جهة أنه على هذا يكون شمول الشرط في الصحيح المذكور لما بعد الطلاق مخالفاً للكتاب مع أن المخالفة للكتاب ليست قابلة للتخصيص وأما الاستصحاب فيشكل التمسك به لكون الشبهة حكمية ولا نسلم جريانه في الشبهات الحكمية .
و أما لو كان الزوج على حكم المرأة فمقتضى صحيحة ابن مسلم المذكورة أن لها أن تحكم بعد الطلاق بما لا يزيد على مهر السنة فإذا حكمت به فلها نصفه لما دل على التنصيف بالطلاق قبل الدخول كما أن مقتضى إطلاقها هو بقاء حكومتها إلى ما بعد الطلاق و لو كان بعد الدخول فيقع التعارض بينها وبين ما دل على أن لها مهر المثل بعد الدخول بناء على عدم كون المراد من مهر المثل هو مهر السنة .

وقد يقال : يمكن ترجيح ذلك الدليل عليها لكونه أظهر في الإطلاق منها لاحتفاف الإطلاق فيها بما يصلح قرينة على التقييد بما قبل الدخول وهو قوله في صدرها « فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها » فإنه يصلح للقرينة على كون المراد من قوله بعد هذا « فإن طلقها » هو الطلاق قبل الدخول ، ويمكن أن يقال : الظاهر أن القرينة الصارفة لابد أن تكون بحيث يعتمد عليها ويرتفع بملاحظتها الشك والترديد ، وأما مع بقاء الشك فلا يصلح الاعتماد عليها .

ثم نقول على فرض التسليم كان الأنسب أن يقال : لا ظهور للموثقة لما بعد الدخول ولولم يكن لها معارض لا أن يتمسك بالترجيح والأظهرية بل يمكن أن يقال : باختصاص ما دل على استحقاق مهر المثل بصورة عدم تعيين المهر ومع إطلاق دليل التعيين لا يشمل . ولومات الحاكم قبل الحكم وبعد الدخول فلا إشكال ولا خلاف في أن لها مهر المثل وإنما وقع الإشكال والخلاف فيما لومات قبل الحكم وقبل الدخول ، والمحكي عن ابن إدريس وابن جنيد والشيخ في الخلاف عدم وجوب شيء لها لا المتعة ولا غيرها لأن المتعة إنما تجب

بالطلاق وإلحاق الموت به قياس والمهر إنما يجب بالفرض في العقد أو بعده أو بالدخول والمفروض انتفاء جميع ماذكر والمشهور سقوط المهر واستحقاقها للمتعة واستدلالهم بقوله عليه السلام على المحكمي في صحيحة ابن مسلم المتقدمة « لها المتعة والميراث ولا مهر لها » .

و نوقش في دلالتها على المطلوب بأن قول السائل فيها « رجل تزوج امرأة على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت » يحتمل أن يكون على نحو اللف والنشر المرتب كي يكون المعنى رجل تزوج امرأة على حكمها فمات أو على حكمه فمات فيدل حينئذ على كون الميت هو المحكوم عليه لا الحاكم ومع قيام هذا الاحتمال يبطل الاستدلال .

و أجيب عن هذه المناقشة بأن مجرد احتمال ذلك لا يضر بالاستدلال بعدكون الظاهر المتفاهم منه عرفاً هو كون الميت هو الحاكم لأنه الأقرب والمحدث عنه هذا مضافاً إلى أنه عليه السلام ذكر في آخر الحديث إن الحكم لا يسقط بالطلاق مع بقاء الحاكم وإذا لم يسقط الحكم بالطلاق الذي هو قاطع لعلاقة الزوجية لم يسقط بالموت الذي لا ينقطع به علاقة الزوجية بطريق أولى فلا بد من حمل الصدر الدال على سقوطه بالموت على موت الحاكم جماً بين طرفي الحديث .

وقد يقال : ما تعرض من الأخبار الواردة في المقام لحكم الموت روايتان إحداهما صحيحة أبي جعفر عليهما السلام المتقدمة الصريحة في كون الميت هو المحكوم عليه حيث سئل فيها عن رجل تزوج امرأة بحكمها ثم مات الرجل قبل أن يحكم المرأة . ثانيتهما هذه الصحيحة التي استدلت بها للمشهور . و الاحتمالات فيها ثلاثة أحدها ما مر من كون ما ذكر فيها على نحو اللف والنشر المرتب والثاني كونه على نحو اللف والنشر المشوئش ، ثالثها احتمال رجوع كل من قوله فمات أو ماتت إلى كل من قوله على حكمها وقوله على حكمه كي يكون المعنى رجل تزوج امرأة على حكمها فمات أو ماتت أو على حكمه فمات أو ماتت فيدل على سقوط الحكم بالموت مطلقاً كان الميت هو الحاكم أو المحكوم عليه و عليه تكون هذه الصحيحة أعم من تلك

الصحيحة لاختصاص تلك بما إذا كان الميِّت هو المحكوم عليه و شمول هذه لما إذا كان الميِّت هو الحاكم أيضاً و أظهر الاحتمالات هو هذا الاحتمال الثالث ، ويمكن أن يقال يشكل هذا لأن قوله ﷺ على المحكي «لها المتعة والميراث» لا يساعدهم موتها فإنها إن ماتت يكون المناسب وراثته الرجل إياها و على هذا فلا تشمل صورة كون المرأة حاكمة و موتها .

الطرف الثالث في الأحكام وهي عشرة: الأول تملك المرأة المهر بالعقد وينتصف بالطلاق ، ويستقر بالدخول وهو الوطى قبلاً أو دبراً ولا يسقط معه لولم يقبض ولا يستقر بمجرّد الخلوة على الأشهر . الثاني قيل إذا لم يسم لها مهراً أو قدّم لها شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهراً ما لم يشترط غيره .

المشهور بين الفقهاء - قدس الله تعالى أسرارهم - إن المرأة تملك الصداق بمجرّد العقد و استدللّ عليه مضافاً إلى كونه مقتضى لزوم الوفاء بالعقد حيث إنّه جعل في العقد عوضاً عن البضع فكما أن العقد يقتضي تملك الزوج للبضع كذلك يقتضي تملكها للمهر وإلى ظهور قوله تعالى «وآتوا النساء صدقاتهن» حيث إنّه ظاهر الإضافة لاختصاصه بالنصوص الدالة على اختصاص النماءات المتخلّلة بين العقد والطلاق بها المستلزم تملكها إياها . فمنها موثقة عبيد بن زرارة «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوّج امرأة على مائة شاة ، ثم ساق إليها الغنم ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها وقد ولدت الغنم ؟ قال عليه السلام : إن كانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها و نصف أولادها ، وإن لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها ولم يرجع من الأولاد بشيء» (١) .

وموثقته الأخرى أيضاً قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوّج امرأة ومهرها مهراً فساق إليها غنماً و رقيقاً فولدت عندها فطلقها قبل أن يدخل بها ؟ قال عليه السلام : إن كان ساق إليها ما ساق و قد حملت عنده فلها نصفها و نصف ولدها وإن كنّ حملن عندها فلا شيء له من الأولاد» (٢) .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢١٨ .

وغير ما ذكر من الأخبار الدالة على أن النماءات الحاصلة بين العقد والطلاق لها .
 وفي قبال ما ذكر ما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن رجل
 تزوج امرأة على بستان له معروف وله غلة كثيرة ، ثم مكثت سنين لم يدخل بها ثم
 طلقها ؟ قال عليه السلام : ينظر إلى ما صار إليه من غلة البستان من يوم تزوجها فيعطىها نصفه
 ويعطىها نصف البستان إلا أن تغفو فتقبل منه و يصطلحان على شيء ترضى به منه فإنه
 أقرب للتقوى » (١) .

والإصاف إنّه لا مجال للجمع ولا يقاوم هذا أعنى خبر أبي بصير مع ما ذكر
 مضافاً إلى ما دلّ من النصوص على وجوب المهر بالموت الشاملة بإطلاقها لما إذا لم يدخل
 بها وإلى ما دلّ على وجوب النصف عليها فيما لو أبرأتها من الصداق ثم طلقها قبل
 الدخول معللاً بأنها إذا جعلته في حلّ منه وقد قبضته فإنّها لو لم تكن ما لكه لتمام
 المهر بالعقد بل كانت مالكة للنصف لم يكن إبرائها للزوج من الصداق مؤثراً إلا في
 إسقاط ما ملكته ، ولا يقاوم ما ذكر ما دلّ من النصوص على أن المهر لا يجب إلا
 بالدخول لا مكان حمل الوجوب على الثبوت والاستقرار نظير ما ورد « البيعان بالخيار
 ما لم يفترقا وإذا افترقا وجب البيع » .

وأما انتصاف المهر بالطلاق قبل الدخول فيدلّ عليه قوله تعالى « وإن طلقتموهن
 من قبل أن تمسوهنّ وقد فرضتم لهنّ فريضة فنصف ما فرضتم - الخ » ويدلّ عليه من الأخبار
 ما رواه في الفقيه عن محمد بن الفضيل ، عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
 « إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها ، وإن لم يكن سمى لها
 مهرأ فمتاع بالمعروف - الحديث » (٢) .

وما رواه في الكافي عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته
 قبل أن يدخل بها ؟ قال : عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً - الحديث » (٣) .

(١) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح و ما حرم تحت رقم ٧٧ .

(٢) المصدر باب طلاق التي لم يدخل بها تحت رقم ١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٨ .

وعن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها ؟ قال : عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً - الحديث ^(١) » .

وأما استقرار المهر بالدخول أي الوطي فلا خلاف فيه ويدل عليه الأخبار منها ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل دخل بامرأته ؟ قال : إذا التقى الختان وجب المهر والعدة ^(٢) » .

وعن حفص بن البختري في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : إذا التقى الختان وجب المهر والعدة والفسل ^(٣) » .

وعن داود بن سرحان في الصحيح أو الحسن عنه عليه السلام « قال : إذا أولج فقد وجب الفسل والجلد والرجم و وجب المهر ^(٤) » .

و عن يونس بن يعقوب في الموثق قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فأغلق باباً وأرخصى ستراً ولمس وقبّل ، ثم طلقها أيوجب عليه الصداق ؟ قال : لا يوجب الصداق إلا الوقاع ^(٥) » .

وعن عبدالله بن سنان في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سأله أبي وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه فلم يمستها ولم يصل إليها حتى طلقها هل عليها عدة منه ؟ قال : إنما العدة من الماء ، قيل له : وإن كان واقعها في الفرج ولم ينزل ؟ قال : إذا أدخله وجب الفسل والمهر والعدة ^(٦) » .

وهذه الأخبار وغيرها لا ذكر فيها للوطي في الدبر ففي بعضها علق على التقاء الختان وفي بعضها على الوقاع ، وفي بعضها على الإيلاج فإن كان ذكر التقاء الختان من باب ذكر الفرد الغالب أمكن حمل الوقاع والإيلاج أيضاً على الغالب ، ولم أر من استشكل وأما عدم سقوط المهر لو لم تقبض فللعمومات من قوله « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » ، وغيره ، وخصوص الأخبار المعتبرة المستفيضة المعتمدة بأصول المذهب . وفي قبالتها أخبار

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ .

(٢) و (٣) و (٤) المصدر ج ٦ ص ١٠٩ .

(٥) و (٦) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ .

يستفاد منه السقوط .

منها ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن الفضيل عن أبي جعفر عليه السلام : « في رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم أولدها ثم مات عنها فادّعت شيئاً من صداقها على ورثة زوجها فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث ؟ فقال : أما الميراث فلها أن تطلبه ، وأما الصداق فالذي أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها فهو الذي حلّ للزوج به فرجها قليلاً كان أو كثيراً إذا هي قبضته منه وقبلت ودخلت عليه بهولاشيء لها بعد ذلك ^(١) » .

وما رواه في الكافي عن عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الزوج والمرأة يهلكان جميعاً فيأتي ورثة المرأة فيدّعون على ورثة الرجل الصداق فقال : وقد هلكا وقسم الميراث ؟ فقلت : نعم ، فقال : ليس لهم شيء ، فقلت : إن كانت المرأة حية فجاءت بعد موت زوجها تدّعي صداقها ؟ فقال : لاشيء لها وقد أقامت معهم مقرة حتى هلك زوجها ، فقلت : وإن مات وهو حي فجاءت ورثتها يطالبونه بصداقها ؟ فقال : وقد أقامت حتى ماتت لا تطلبه ، فقلت : نعم ؟ قال : لا شيء لهم ، قلت : فإن طلقها ، فجاءت تطلب صداقها ، فقال : وقد أقامت لا تطلبه حتى طلقها لاشيء لها ، فقلت : فمتى حدث ذلك الذي إذا طلبته كان لها ^(٢) قال : إذا أهديت إليه ودخلت بيته ، ثم طلبت بعد ذلك فلا شيء لها إنه كثير لها أن تستحلف بالله مالها قبله من صداقها قليل ولا كثير » .

و عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : « في الرجل يتزوج المرأة ويدخل بها ثم تدّعي عليه مهرها ؟ قال : إذا دخل بها فقد هدم العاجل ^(٣) » .

وهذه الأخبار كما ترى على خلاف القاعدة حيث إن الزوج اشتغل ذمته بالمهر للزوجة ولا بد من الفراغ وقيام البيّنة على أداء المهر .

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢١٦ .

(٢) كذا في الكافي ج ٥ ص ٣٨٦ وفي التهذيب ج ٢ ص ٢١٦ و نقلا عن المصنف

- رحمه الله - « إذا طلبته لم يكن لها » .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ .

و يمكن أن يكون إقامة المرأة مع الزوج بمنزلة إقرارها على أخذ المهر لكن المشهور لم يعملوا بها فلا بد من رد علمها إلى أهلها ، وإن كان المراد من بعضها أنه إذا أخذ مقداراً من المهر يكون العاجل هادماً للباقي فهو أيضاً خلاف القاعدة لا بد من رد علمه إلى أهله .

وأما عدم استقرار المهر بمجرد الخلوة فلما سبق كخبر يونس بن يعقوب المذكور وفيه « لا يوجب الصداق إلا الوقاع ، وفي قبالة أخبار أخر منها ما رواه في الكافي عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يطلق المرأة وقدمس كل شيء منها إلا أنه لم يجامعها ألبا عدة ؟ فقال : ابتلى أبو جعفر عليه السلام بذلك فقال له أبوه علي بن الحسين عليه السلام : إذا أغلق باباً وأرخص ستراً وجب المهر والعدة ^(١) » .

قال في الكافي ^(٢) قال ابن أبي عمير : « اختلف الحديث في أن لها المهر كمالاً وبضهم قال : نصف المهر وإنما معنى ذلك أن الوالي إنما يحكم بالحكم الظاهر إذا أغلق الباب وأرخص الستروجب المهر ، وإنما هذا عليها إذا علمت أنه لم يمسه فليس لها فيما بينها وبين الله إلا نصف المهر » .

وما رواه في التهذيب عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها وأغلق عليها باباً وأرخص ستراً ثم طلقها فقدوجب الصداق و خلاؤه بهاد خول ^(٣) » .

ومنها ما رواه في التهذيب عن محمد بن مسلم في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن المهر متى يجب ؟ قال : إذا أرخص الستور وأجيف الباب . وقال : إنني تزوجت بامرأة في حياة أبي علي بن الحسين عليه السلام وإن نفسي تافت إليها فذهبت إليها فنهاني أبي فقال : لا تفعل يا بني لا تأتيا في هذه الساعة وأنتي أبيت إلا أن أفعل فلما دخلت عليها قذفت إليها بكساء كان على فكرتها ، وذهبت لا أخرج فقامت مولاة لها فأرخت الستر وأجافت الباب فقلت : قدوجب الذي تريد ^(٤) » .

(١) المصدر ج ٦ ص ١٠٩ . (٢) المصدر ج ٦ ص ١١٠ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٣ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٧ .

وهذه الأخبار قد تحمل على طريقتي الخلوة وإرخاء السر و إجابة الباب على تحقيق الوقاع فمع القطع بعدم تحقيقه لا يستقر تمام المهر ، وقد تحمل على التفتة ولا يخفى إباء بعضها عن الطريقتي فيرد علمها على أهلها ومع ذلك فمقتضى الاحتياط ما حكي عن ابن أبي عمير - قدس سره - لأنه أعرف بمعاني الأخبار

و أمّا ما قيل من أنه إذا لم يسم مهراً وقدّم شيئاً إلى آخر ما في المتن فاستدل عليه بصحيح الفضيل المذكور في قبال الأخبار الدالة على عدم سقوط المهر لو لم تقبض المرأة ولا يخفى أنه لم يذكر في السؤال عدم تسمية المهر بل السؤال شامل لصورتي التسمية وعدم التسمية ، وفي صورة التسمية لا يلتزم بمضمونه فكيف يؤخذ بمضمونه في صورة عدم التسمية مع أنه مع عدم التسمية والدخول يكون اللازم مهر المثل .

﴿ الثالث إذا طلق قبل الدخول رجع بالنصف إن كان أقبضها أو طالبت بالنصف إذا لم يكن أقبضها ، ولا يستعيد الزوج ما تجدد من النماء بين العقد والطلاق متصلاً كان كاللبن ، أو منفصلاً كالولد ، ولو كان النماء موجوداً وقت العقد رجع بنصفه كالحمل ولو كان تعليم صنعة أو علم فعلمها رجع بنصف أجرته ولو أبرأته من الصداق رجع بنصفه ﴾ لا خلاف بين الأصحاب في أنه إذا طلق الزوجة قبل الدخول وقد فرض لها مهراً يرجع الزوج بنصف المهر ومع الدفع إلى الزوجة استعاد نصفه ويدل عليه روايات محمد بن الفضيل وأبي بصير والحلي المتقدمة .

ثم إن في المقام صوراً عديدة .

الأولى أن يكون المهر ديناً في ذمة الزوج فإذا طلق برعت ذمته من نصفه ووجب دفع النصف الآخر إلى الزوجة .

الثانية أن يكون عيناً باقية في يد الزوج من غير زيادة و نقيصة فلا إشكال في أنه يستحق نصفها ويكونان شريكين فيها وإن زادت العين بزيادة من الله سبحانه فالأشهر أن الزيادة لها من جهة أن المهر كلاً انتقل إلى الزوجة بالعقد وإن كان ملك أحد النصفين متزلاً وإن كانت بفعل الزوج فقيل: إن الزيادة للمرأة والزوج بمنزلة الغاصب لا يستحق شيئاً من الزيادة وإن نقصت كان النقص مضموناً عليه وإن تلفت العين رجعت

إليه بالمثل أو القيمة .

الثالثة أن يكون المهر عيناً إلا أنه سلمها إلى الزوجة فإن كانت باقية استعاد نصفها وإن وجدها تالفة استعاد نصف مثلها أو نصف القيمة ، ثم إنه إن اتفقت قيمته من حين العقد إلى حين القبض فلا إشكال ، وإن اختلفت قيل : يرجع بأقل القيم لأن قيمة يوم العقد إن كانت هي الأكثر منها حين قبضها فما نقص قبل القبض كان مضموناً عليه فلا يضمن ما هو في ضمانه وإن كانت القيمة يوم القبض أكثر مما زاد بعد العقد لها فلا يضمن ما هو ملكها .
الرابعة كسابقها إلا أنه وجد العين ناقصة وكان النقص نقصان عين كعمود الدابة أو صفة كنسيان الصنعة قيل : إن الزوج يتخير بين الرجوع بنصف القيمة سليماً وبين أخذ نصف العين من غير أرش ، وقيل : يرجع بنصف العين ونصف الأرض لأن العين لا تخرج عن حقيقتها بالتعيب وقيل بالتفصيل بين النقص الحاصل بفعلها أو بفعل الله تعالى فيتخير بين أخذ نصفها ناقصاً وبين تضمينها نصف قيمته وبين ما كان بفعل أجنبي فلم يكن له سبيل على المهر وضمن نصف القيمة يوم قبضه .

الخامسة الصورة بحالها إلا أنه وجد العين زائدة فتارة تكون الزيادة باعتبار قيمة السوقية ولا إشكال في أنه يأخذ نصف العين وإن كانت الزيادة منفصلة كالولد أو اللبن فهي للمرأة لأنها تابعة للعين فعلى المشهور من تملك المرأة المهر كمالاً تكون الزيادة لها وإن كانت متصلة كالسمن وكبر الحيوان فالمحكي عن جماعة أن للزوج نصف قيمة العين من دون الزيادة وإن المرأة لا تجبر على دفع نصف العين المشتمل على الزيادة لعدم انفصال الزيادة وعدم كون الزيادة مما فرض في العقد وتخير المرأة بين دفع نصف العين وبين نصف القيمة مجزئاً عن الزيادة .

وروى الشيخ في التهذيب عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام عن أبيه « أن علياً عليه السلام قال : في الرجل يتزوج المرأة على وصيف فيكبر عندها ويريد أن يطلقها قبل أن يدخل إليها قال : عليها نصف قيمته يوم دفعه إليها لا ينظر في زيادة ولا نقصان ^(١) » .

ورواه الكليني عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إن أمير المؤمنين عليه السلام قال : في المرأة تزوج على الوصيف فكبر عندها فيزيد أو ينقص ثم يطلقها قبل أن يدخل بها - الحديث كما تقدم ^(١) » .

ويمكن أن يقال : ما قيل في صورة الثانية من أن النقص مضمون على الزوج لا بد من تخصيصها بما لو لم تكن العين عند الزوج بنحو الوديعة كما لو أراد الزوج رد العين إلى الزوجة ورضيت بكونها عنده لعدم الضمان مع كون اليد أمانية ، وما ذكر في الصورة الثالثة في وجه الرجوع بأقل القيم من أن ما نقص قبل القبض كان مضموناً عليه فلا يضمن ما هو في ضمانه مناف مع ما هو لعله المسلم بينهم من أنه مع رد العين المضمونة باليد لا يضمن القيمة إلا في صورة خروج العين عن المالية كما لو غصب ماء له قيمة في البر ورده عند الشط ، وما ذكر في الصورة الرابعة من الأقوال بشكل من جهة أنها مبنية على ضمان المرأة نقصان العين كضمانها في صورة تلف العين أو كونها بحكم التلف . ولقائل أن يقول : الضمان في صورة التلف أو النقصان ليس ضمان اليد ولا ضمان المعاوضة فمادام العين باقية يرجع الزوج بحكم الشارع إلى نصف العين ومع التلف أو النقصان لاموضوع حتى يرجع الزوج بنصفه ، نعم في صورة تلف العين دل الدليل على الرجوع إلى البذل كخبر شهاب بن عبد ربّه في الصحيح قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على ألف درهم فبعث بها إليها فردتها إليه فوهبتها له وقالت : أنا فيك أرغب منّي في هذه الألف هي لك فتقبلها منها ، ثم يطلقها قبل أن يدخل بها ؟ قال : لا شيء لها وترد عليه خمسمائة درهم ^(٢) » .

ومارواه الشيخ في الموثق عن سماعة قال : « سألت عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها في حلّ أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً ؟ قال : نعم إذا جعلته في حلّ فقد قبضته منه وإن خلاها قبل أن يدخل بهاردت المرأة على الزوج نصف الصداق ^(٣) » ، والربّ وايتان كغيرهما لا تشملان غير صورة تصرف المرأة ولا تعرض

(١) المصدر ج ٦ ص ١٠٨ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ . والكافي ج ٦ ص ١٠٧ .

لصورة التلف السماوي فلا دليل على الضمان في صورة تلف العين بالتلف السماوي ، نعم
ما ذكر خلاف المشهور بين الأصحاب .

و أما صورة حصول الزيادة المتصلة في العين فمقتضى الرأيتين المذكورتين أعني
رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام ورواية السكوني تعيين القيمة فيها لكنه بعد صدق
بقاء العين بنظر العرف مقتضى قوله تعالى « فنصف ما فرضتم » شركة الزوج في نصف
العين غاية الأمر اختصاص الزيادة بالزوجة فيرفع اليد عن ظهور الخبرين في تعيين
القيمة فلا يبعد التخيير بين أخذ القيمة وبين أخذ نصف العين والتصالح بملاحظة اختصاص
الزيادة بالمرأة وبالدفقة لافرق بين حصول الزيادة المتصلة وبين عدمه حيث إنه مع
عدم حصول الزيادة وطول المدّة بين زمان وقوع العقد و زمان الطلاق لم يبق العين
بحالها بل تحلّت و تبدّلت و بدل ما تحلّل ملك الزوجة ، ولا أظن أن يلتزم بتعيين
القيمة بل مقتضى قوله تعالى « فنصف ما فرضتم » تعيين الرجوع إلى العين وحصول
الشركة ، والشاهد رجوع الزوج بنصف الحمل الموجود في زمان العقد مع أن نماءه و
كبره تحقق في ملك الزوجة .

و أما لو كان المهر تعليم صنعة أو علم وعلمها فيرجع الزوج إلى نصف الأجرة
فالمقام كمالو علم صنعة أو علم علماً غير الزوجة حيث يستحق الأجرة المثل لكون العمل
محترماً فلاحاجة إلى بعض التوجيهات .

و أما الرجوع إلى النصف مع الإبراء فلا أن الإبراء بمنزلة القبض ومقتضى
الخبرين المذكورين صحيح شهاب وموثق سماعه وغيرهما رجوع الزوجة إلى النصف .
﴿ الرابع ﴾ لو أمهرها مدبرة ، ثم طلق صارت بينهما نصفين ، وقيل : يبطل
التدبير بجعلها مهراً ، وهو أشبه . الخامس لو أعطاه عوض المهر متاعاً أو عبداً آبقاً وشيئاً
ثم طلق رجع بنصف المسمّى دون العوض . السادس إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع
فسد الشرط دون العقد والمهر كما لو شرطت أن لا يتزوج أو لا يتسرّي وكذا لو شرطت تسليم
المهر في أجل فإن تأخر عنه فلا عقد أما لو شرطت أن لا يفتضها صح ولو أذنت بعد
جاز ، ومنهم من خص جواز الشرط بالمتعة ﴿ ١ ﴾ .

الظاهر أنه لا خلاف في جواز إِمهار المدبّرة لعدم خروجها عن ملك المدبّر ، ولا إشكال في أنه إذا طلق قبل الدخول يرجع نصفها إلى المدبّر ، وإنما الإشكال في بطلان التدبير بالإِمهار كما لو أوصى بشيء لأحد ، ثم وهبه لغيره أو يكون التدبير باقياً بحاله فإذا مات المدبّر تحرّرت ، وقد يتمسك لهذا بنخبر المعلّى بن خنيس « سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل تزوّج امرأة على جارية له مدبّرة قد عرفتها المرأة وتقدّمت على ذلك وطلّقها قبل أن يدخل بها ؟ قال : فقال : إن للمرأة نصف خدمة المدبّرة يكون للمرأة يوم في الخدمة ويكون لسيّدها الذي دبّرها يوم في الخدمة ، قيل له : فإن مات قبل المرأة والسيّد لمن يكون الميراث ؟ قال : يكون نصف ما تركته للمرأة والنصف الآخر لسيّدها الذي دبّرها ^(١) » .

ولا يخفى أن هذا الخبر مع قطع النظر عن ضعفه لا ظهور فيه في بقاء التدبير ولا في بطلانه ، وحيث إنه لا تضادّ بين التدبير والإِمهار لا يبعد بقاء التدبير ولو أعطّاها عوض المهر متاعاً أو عبداً آبقاً وشيئاً ثم طلقها قبل الدخول فالظاهر عدم الخلاف في أنه يرجع بنصف المسمّى دون العوض ، ويدلّ عليه صحيح الفضيل بن يسار « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة بألف درهم فأعطّاها عبداً آبقاً وبردا حبرة بألف التي أصدقها فقال : إذا رضيت بالعبد و كانت قد عرفته فلا بأس إذ هي قبضت الثوب و رضيت بالعبد ، قلت : فإن طلقها قبل أن يدخل بها ؟ قال : لا مهر لها و تردّ عليه خمسمائة درهم ويكون العبد لها ^(٢) » .

ويمكن أن يقال : مقتضى القاعدة أنه إذا وقع المعاوضة بين المهر والمتاع قبل الطلاق لا يبطل من جهة الطلاق كما قالوا في البيع لو تصرّف المشتري في المبيع تصرّفاً ناقلاً عن ملكه ثم فسخ البايع لا يبطل نقل المشتري من جهة فسخ البايع بل يرجع إلى المثل أو القيمة فإذا كان المهر المنتقل إلى الغير قيمياً و طلق الزوج قبل الدخول ، فمقتضى القاعدة الرجوع إلى القيمة لا المسمّى ، وليس الصحيح المذكور شاهداً على خلافه فإنّ الدرهم مثليّ ظاهراً ، وعلى هذا فإن كان المسمّى قيمياً وعاضدت المرأة مع شيء آخر لا يرجع

الزَّوْجُ إِلَى الْمُسَمَّى وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْإِعْطَاءَ بِعَنْوَانِ الْوَفَاءِ فِي حَكْمِ الْمَعَاوِضَةِ فَيَكُونُ فِي حَكْمِ التَّلَفِ فَإِنْ كَانَ مِثْلِيًّا يَأْخُذُ الْمِثْلَ ، وَإِنْ كَانَ قِيَمِيًّا يَأْخُذُ الْقِيَمَةَ ، وَلَعَلَّ هَذَا هُوَ مَرَادُ الْمُصَنِّفِ (ر) فَالْمُرَادُ مِنَ الْمُسَمَّى بَدْلُهُ مِنَ الْمِثْلِ أَوْ الْقِيَمَةِ يَرْجِعُ الزَّوْجُ بِهِ وَلَا يَرْجِعُ إِلَى عَوَضِهِ .

وَأَمَّا لَوْ شَرَطَ فِي الْعَقْدِ مَا يَخَالِفُ الْمَشْرُوعَ فَالْمَشْهُورُ فِي كَلَامِ الْأَصْحَابِ بَطْلَانُ الشَّرْطِ وَصَحَّةُ الْعَقْدِ وَالْمَهْرُ . وَالْمُرَادُ بِالشَّرْطِ الْمَخَالِفِ لِلْمَشْرُوعِ هُوَ الْأَعْمُ مِنْ أَنْ يَشْتَرِطَ فَعَلًا مَحْرُومًا كَشَرْبِ الْخَمْرِ مِثْلًا أَوْ يَشْتَرِطَ فَعَلًا مَبَاحًا فَعَلِيًّا يَكُونُ أَمْرُهُ بِيَدِ الزَّوْجِ بَأَنْ يَكُونَ لِدَلِيلٍ إِبَاحَتُهُ إِطْلَاقًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْعَنَاوِينِ الطَّارِيَةِ فِي مَقَابِلِ الْمَبَاحِ الْاِقْتِضَائِيِّ الْحَبِثِيِّ الَّذِي لَا يَكُونُ لِدَلِيلِهِ إِطْلَاقٌ بِهَذَا النِّحْوِ وَإِنْ كَانَ اسْتِظْهَارُ هَذَا مِنَ الْأَدَلَّةِ فِي غَايَةِ الْأَشْكَالِ وَقَدْ مَرَّ الْكَلَامُ فِيهِ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ .

وَيَقَعُ الْكَلَامُ فِي وَجْهِ صَحَّةِ الْعَقْدِ مَعَ فُسَادِ الشَّرْطِ مَعَ أَنَّهُ لَا بَدَّ فِي كُلِّ عَقْدٍ الْقَصْدُ وَطَيْبُ النَّفْسِ فَإِذَا كَانَ الْقَصْدُ وَطَيْبُ النَّفْسِ مُقَيَّدَيْنِ بِالشَّرْطِ فَكَيْفَ يَصِحُّ الْعَقْدُ مَعَ عَدَمِ الشَّرْطِ ، وَلِذَا اسْتَشْكَلَ فِيمَا لَوْ بَاعَ وَشَرَطَ شَرْطًا فَاسِدًا فِي صَحَّتِهِ فَيَقَالُ : مَا قَصِدَ لَمْ يَقَعْ وَمَا وَقَعَ لَمْ يَقْصِدْ ، وَمَا رَضِيَ بِهِ لَمْ يَقَعْ وَمَا وَقَعَ بِهِ لَمْ يَرْضَ بِهِ ، وَقَدْ يَجَابُ هُنَاكَ بِأَنَّ الْبَيْعَ مَعَ الشَّرْطِ بِنَحْوِ تَعَدُّ الْمَطْلُوبِ فَمَعَ عَدَمِ إِمضَاءِ الشَّارِعِ أَحَدُ الْمَطْلُوبِينَ لَا مَانِعَ مِنْ صَحَّةِ الْمَطْلُوبِ الْآخَرِ ، فَمَعَ تَمَامِيَّةِ هَذَا الْجَوَابِ أَمَكُنُ أَنْ يَجَابَ فِي الْمَقَامِ أَيْضًا بِهَذَا بِأَنْ يَقَالُ : الْقَصْدُ الرَّضَا تَعَلُّقُ بِالنِّكَاحِ وَبِالشَّرْطِ بِنَحْوِ تَعَدُّ الْمَطْلُوبِ فَلَا مَانِعَ مِنْ صَحَّةِ النِّكَاحِ وَفُسَادِ الشَّرْطِ ، لَكِنْ الظَّاهِرُ أَنَّ الْغَالِبَ خِلَافَ هَذَا فِي الْبَيْعِ مَعَ الشَّرْطِ وَالنِّكَاحِ مَعَ الشَّرْطِ كَمَا لَا يَخْفَى .

وَيُمْكِنُ أَنْ يَقَالُ : الظَّاهِرُ عَدَمُ اعْتِبَارِ الرَّضَا وَطَيْبِ النَّفْسِ بِنَحْوِ تَعَدُّ الْمَطْلُوبِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَا يَرْضَى بِاشْتِرَاءِ الْعَيْنِ الْمُعِيْبَةِ بِحَيْثُ لَوْ تَوَجَّهَ إِلَى الْعَيْبِ يَنْصَرِفُ عَنِ الْاِشْتِرَاءِ وَمَعَ ذَلِكَ حَكْمُ الشَّارِعِ بِصَحَّةِ الْبَيْعِ كَمَا أَنَّهُ لَوْ شَرَبَ فِي نَهَارِ شَهْرِ رَمَضَانَ مَا يَمَعًا بَزَعَمَ أَنَّهُ مَاءٌ بَارِدٌ يَرْفَعُ بِهِ عَطَشَهُ فَبَانَ خِلَافَ زَعْمِهِ كَانَ الشَّارِعُ مَفْطَرًا عَنْ عَمْدٍ ظَاهِرًا يَجِبُ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ بَلْ غَالِبُ الْمَعَامَلَاتِ الَّتِي عَلَيْهَا يَتَرْتَّبُ الضَّرَرُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ .

وما هو المعروف من أن "تخلف الداعي لا يضر" بصحة المعاملة لم يظهر وجهه مع الاشتراك في وجه الشبهة . واستدل لصحة العقد مع فساد الشرط بالنصوص :

منها خبر محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام : " في رجل تزوج امرأة و شرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سريّة فهي طالق ف قضى عليه السلام في ذلك أن شرط الله قبل شرطكم فإن شاء وفي لها بما اشترط وإن شاء أمسكها واتخذ عليها سريّة و نكح عليها ، ^(١) .

و منها ما رواه العياشي في تفسيره عن ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : " قضى أمير المؤمنين صلوات الله عليه في امرأة تزوجها رجل و شرط عليها و على أهلها إن تزوج امرأة أو هجرها أو أتى عليها سريّة فإنها طالق ، فقال عليه السلام : شرط الله قبل شرطكم إن شاء وفي بشرطه وإن شاء أمسك امرأته و نكح و تسرى عليها و هجرها إن أنت بسبيل ذلك قال الله تعالى في كتابه " فانكحوا ما تاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، و قال : " أحل لكم ما ملكت أيما نكم ، ^(٢) و قال " اللاتي تخافون نشوزهن " - الآية ، .

وقد يستشكل في دلالة خبر محمد بن قيس على كون اشتراط عدم التزويج والتسري من الشرط المخالف للمشروع لاحتمال كون الشرط هو المجموع المركب من الشرط والجزاء أو خصوص الجزاء وهو قوله "فهي طالق" وعلى أي تقدير يكون مخالفته للمشروع واضحة لأنه على أي حال يرجع إلى شرط النتيجة ، ثم ذكر توهم منافات ذلك لقوله عليه السلام على المحكمي " إن شاء وفي ، لأن الوفاء إنما يصح نسبتة إلى الأمر الاختياري ولا يكون الشرط المذكور كذلك على التقديرين أما على تقدير كونه نفس الجزاء فواضح وأما على تقدير كونه المجموع المركب منه و من الشرط فلا أن المركب من الأمر الاختياري ، وغير الاختياري لا يكون اختياريًا . ودفع التوهم بأن الوفاء بالشرط يتحقق بمنع تحقق موضوعه ومحلّه ثم بعد كلام منع عن كون مثل هذا وفاء فيتعيّن أن يكون المراد من الشرط في الخبر عدم التزويج والتسري .

و يمكن أن يقال : حمل الشرط في الخبر « وشرط لها إن هو تزوج - النخ » على ترك خصوص الشروط المذكورة في الجملة الشرطية لعلّه خلاف الظاهر أو طرف الاحتمالين الآخرين المذكورين فلا بدّ من حمل قوله عليه السلام على المحكمي « فإن شاء وفي » على جميع التقادير أو على التقديرين المذكورين فلا بدّ من حمل الخبر على التقيّة لقول العامة بوقوع الطلاق بالشرط أو الحمل على قاعدة الالتزام وإلزام من التزم بصحة الطلاق بنحو شرط النتيجة مع أن « الحق » أن الطلاق لا يقع بالشرط بل له سبب خاص .
وفي قبال الخبرين المذكورين خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام « في الرجل يقول لعبده : أعتقك على أن أزوّجك ابنتي فإن تزوّجت عليها أو تسرّيت فعليك مائة دينار ، فأعتقه على ذلك وتسرّيت أو تزوّج ؟ قال عليه السلام : عليه شرطه » (١) .

وخبر منصور بن زبرج « قلت لأبي الحسن عليه السلام وأنا قائم : جعلني الله فداك إن لي شريكاً لي كانت تحته امرأة فطلقها فبانت منه فأراد مراجعتها فقالت المرأة : لا والله لا أتزوّجك أبداً حتّى تجعل الله عليك أن لا تطلقني ولا تزوّج عليّ ؟ قال عليه السلام : وقد فعل ؟ قلت : نعم قد فعل جعلني الله فداك ، قال عليه السلام : بشّ ما صنع و ما كان يدريه ما يقع في جوفه في جوف الليل أو النهار ، ثم قال : أمّا الآن فقل له فليتمّ للمرأة شرطها فإن رسول الله صلّى الله عليه وآله قال : « المسلمون عند شروطهم » (٢) .

ونحوه خبره الآخر عن العبد الصالح عليه السلام (٣) ممّادل على مشروعية هذا الشرط ولزوم الوفاء به وغير ما ذكر .

فلا بدّ من الترجيح أو التخيير إلا أن يحمل مادل على صحة الشرط على التقيّة لموافقة العامة كما في الاستبصار أو يفرق بين النذر والشرط كما عن الشيخ في التهذيب ولا مجال لاستصحاب عدم المخالفة كما بيّن في محله .

وكيف كان لو شرطت تسليم المهر في أجل فإن تأخّر عنه فلا عقد ، يكون الشرط

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ج ٥ ص ٢٠٣ . والتهذيب ج ٢ ص ٢١٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٠٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١٩ .

فاسداً لأن انتفاء العقد لا يتحقق إلا بالفسخ أو الطلاق ليس غير .

ويدل عليه أيضاً صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام : في الرجل تزوج المرأة إلى أجل مسمى فإن جاء بصدقها إلى أجل مسمى فهي امرأته ، وإن لم يأت بصدقها إلى الأجل فليس له عليها سبيل ، وذلك شرطهم بينهم حين أنكحوه . ففرضي للرجل أن يبيده بضع امرأته وأحبط شرطهم ^(١) ، .

ولو شرط أن لا يقتضها صح ولزم الشرط ويدل عليه خبر سماعة : قلت : جاء رجل إلى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها ، فقالت : أزواجك نفسي على أن تلتمس مني ماشئت من نظرو التماس ، وتنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي وتلدن بما شئت فأنسي أخاف فضيحة ، قال : ليس له منها إلا ما اشترط ^(٢) ، .

ورواه في الكافي عن عمار بن مروان عن أبي عبدالله عليه السلام مثله إلا أن فيه فسألها أن تزوجه نفسها متعة ^(٣) ، .

وعن إسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : رجل تزوج بجارية عاتق على أن لا يقتضها ، ثم أذنت له بعد ذلك ؟ قال : إذا أذنت له فلا بأس ^(٤) ، .
وضعف السند مجبور بعمل الأعلام فلامجال للإشكال بأنه مناف لمقتضى العقد أو مخالف للمشروع كما أنه لامجال للفرقة بين النكاح الدائم والمنقطع بعد ظهور التزوج بلا قيد في الدائم .

وقد يقال بالتفصيل من جهة صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال :
« قضى علي عليه السلام : في رجل تزوج امرأة وأصدقها واشترط في ذلك أن يبيدها الجماع والطلاق ، قال عليه السلام : خالفت السنة وولت الحق من ليس بأهله ^(٥) ، .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢١٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٠ عن الكافي .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢١٨ .

(٥) الفقيه باب المتعة تحت رقم ٣٠ .

ومقتضى الجمع حمل الطائفة الأولى على النكاح المنقطع ، ويمكن أن يقال :
فرق بين كون أمر الجماع والطلاق بيد المرأة وبين اشتراط عدم المباشرة أو عدم الافتضاء
فالأول كما لو باع وشرط على المشتري كون أمر البيع بيده والثاني كما لو باع وشرط
أن لا يبيع من زيد وبعبارة أخرى الثاني يرجع إلى قصر السلطنة والأول على إثبات
السلطنة مضافاً إلى أن هذا لو تمّ لزم عدم صحة الاشتراط حتى في النكاح المنقطع وإلى
أنّ التزوج بلا قيد ظاهر في الدائم .

السابع لو شرط أن لا يخرجها من بلدها لزم ولو شرط لها مائة إن خرجت معه
وخمسين إن لم تخرج فإن أخرجها إلى بلد الشرك فلا شرط له ولزمته المائة وإن أرادها
إلى بلد الإسلام فله الشرط. الثامن لو اختلفا في أصل المهر فالقول قول الزوج مع يمينه
ولو كان بعد الدخول ، وكذا لو خلافاً دعت المواقعة . التاسع يضمن الأب مهر ولده الصغير
إن لم يكن له مال وقت العقد ولو كان له مال كان على الولد .

إذا اشترط أن لا يخرجها من بلدها فالمعروف صحة الشرط و لزومه و استدلال
بعموم « المؤمنون عند شروطهم » و خصوص صحيحة أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام
« في الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها أن لا يخرجها عن بلدها ، قال عليه السلام : يفي لها
بذلك . أو قال : يلزمه ذلك . » (١) .

وصحيحة ابن أبي عمير قال : « قلت لجميل بن درّاج : رجل تزوج امرأة وشرط
لها المقام بها في أهلها أو بلد معلوم ، يقال : قد روى أصحابنا عنهم عليهم السلام « أن ذلك لها
وأنه لا يخرجها إذا شرط ذلك لها » (٢) .

وحكي الخلاف من جهة أن مقتضى العقد هو استحقاق الاستمتاع بها في كل
زمان ومكان فاشتراط هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وبأنّ الاستمتاع بها في كل مكان
حق للزوج بأصل الشرع فإذا شرط ما يخالفه بطل ، وأجيب عن الصحيحتين بحملهما
على الاستحباب .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ .

وأجيب عما ذكر بعدم كون هذا الشرط مخالفاً لمقتضى العقد وإلا لزم بطلان العقد للزوم التناقض ولا يلتزم به . وما دلّ على كون الاستمتاع بالنحو المذكور حقاً للزوج شرعاً لم يثبت كونه فعلياً ناظراً إلى العناوين الطارئة كي يكون الشرط المخالف له باطلاً مخالفاً للمشروع ، وحمل الصحيحتين على الاستحباب خلاف الظاهر لا وجه لجمع عدم المعارض .

ويمكن أن يقال: ما ذكر أخيراً من أن المدار في المخالفة الفعلية والنظر إلى العناوين الطارئة يشكل لأنّ لازمه أنه مع عدم الدليل أيضاً يشك في ثبوت الحق بحيث لولا عموم « المؤمنون عند شروطهم » والصحيحتان كنا شاكين في ثبوت الحق المذكور وليس كذلك فالأولى أن يقال: لولا الصحيحتان أشكل التمسك بعموم « المؤمنون عند شروطهم » لاحتمال المخالفة وبعد ملاحظة الصحيحتين وظهورهما في اللزوم نستكشف عدم المخالفة .

ولو شرط لها مائة إن خرجت معه وخمسين إن لم تخرج - الخ فاستدلّ على عدم صحة الشرط في صورة الإخراج إلى بلد الشرك وصحة الشرط له إن أرادها إلى بلد الإسلام مضافاً إلى عموم « المؤمنون عند شروطهم » بحسنة عليّ بن رثاب عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال : « سئل وأنا حاضر عن رجل تزوّج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده فإن لم تخرج معه فمهرها خمسون ديناراً أرأيت إن لم تخرج معه إلى بلاده ؟ قال : فقال عليه السلام : إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط لها عليها في ذلك ولها مائة دينار التي أصدقها إياها ، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودار الإسلام فله ما اشترط عليها ، والمسلمون عند شروطهم و ليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدّي إليها صداقها أو ترضى منه من ذلك بما رضيت به ، وهو جائز له (١) » .

وقد توقف في العمل بهذه الرواية من جهة مخالفتها مع أصول من جهة مجهولية المهر حيث جعله مائة على تقدير وخمسين على تقدير ، والحكم بأنّ لها مائة إن أراد إخراجها إلى بلاد الشرك وأنّه لا شرط له عليها بمعنى أنّه لا يجب عليها الخروج معه

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٢ باختلاف في اللفظ .

مع أنه خلاف الشرط الذي وقع العقد عليه لأنَّ استحقاقها للمائة علق على الخروج معه إلى بلاده كائنة ما كانت والحكم بأنه ليس له أن يخرجها إلى بلاد المسلمين إلا بعد إعطاء المهر فإنَّه يشمل بإطلاقه ما لو كان ذلك بعد الدخول مع أنه لا يجوز له الامتناع بعد الدخول ولا يجب عليه إعطاء المهر إلا أن تطلبه مع تهيئتها للتمكين وأُجيب بأنَّ الرِّواية بعد كونها واجدة لشرائط الحجية من جهة كونها حسنة بإبراهيم بن هاشم لوجه لعدم العمل بها والرجوع إلى مقتضى الأصول ، وغاية الأمر مخالفتها لبعض القواعد التي اقتضتها العمومات والاطلاقات ، هذا مضافاً إلى إمكان المنع عن مخالفتها لمقتضى الأصول لأنَّه لا يعتبر في صحة المهر معلوميته من كلِّ وجه ولذا يكفي بالمشاهدة مع احتمال كون المهر هو المائة وإنَّما اشترط عليها الإبراء إن لم يخرج معه وأما الحكم بأنَّه له المائة إن أراد إخراجها إلى بلاد الشرك وأنه لا شرط له عليها فلعله لانصراف الإخراج الذي علق عليه المائة إلى الإخراج الجائر ، وأما الحكم بأنه ليس له أن يخرجها إلى بلاد المسلمين إلا أن يعطيه المهر ، فيمكن أن يكون حكماً تكليفاً من دون استتباع لحكم وضعي كحق الامتناع لها ولو بعد الدخول وسقوط حق امتناعه عن إعطاء المهر مع عدم تهيئتها للتمكين ، ويمكن أن يقال : إن كان حكم على خلاف الأصول فلا بدَّ فيه من الاقتصار على المورد الخاص ولاأظنَّ أن يلتزم به ، وما ذكر من عدم اضرار الجهالة لا يصحَّح الاشكال من جهة التردد في المهر ولم يذكر في السؤال شرط الإبراء حتَّى ينزل الجواب عليه ، وما ذكر من انصراف الإخراج الجائر يشكك من جهة أنه يلزم منه حرمة خروج المسلمين إلى بلاد الشرك ولو كانوا متمكِّنين من حفظ تكاليفهم من الاتيان بالواجبات وترك المحرَّمات وما ذكر من إمكان كون الحكم بوجوب إعطاء المهر حكماً تكليفاً محضاً يشكك من جهة أنَّ اختصاص هذا التكليف في خصوص المورد بعيد والتعميم لا يلتزم به .

ولو اختلف الزوج والزوجة في استحقاق المهر وعدمه فلا إشكال في أنَّ القول قول الزوج مع يمينه إذا كان الاختلاف قبل الدخول وأما لو كان بعد الدخول فكذلك على المشهور لأصالة براءة ذمَّة الزوج عن المهر المسمَّى مع ثبوت انتفاء التفويض وعن

مهر المثل مع عدم ثبوته أما على الأول فلاحتمال كون المهر على أبيه لا تزوجه و هو صغير معسراً و كونه ديناً في ذمة الزوجة أو عيناً في يدها .

و أما على الثاني فلأن أصالة عدم التسمية بضميمة مادل على استحقاقها مهر المثل عليه بالدخول إن لم يسم لها مهراً و إن كان مقتضاها استقرار مهر المثل عليه والأصل عدم دفعه إليها لكن عموم مادل على استحقاقها مهر المثل بالدخول فيما لم يسم لها مهراً مخصص بمادل على سقوط مهر المثل عن ذمته بالتهاثر فيما لو كان له دين في ذمتها بمقدار مهر المثل أو أزيد فمع احتمال كونها مدينة له بمقدار مهر المثل لا يصح التمسك لاستقرار مهر المثل لها عليه بعموم مادل على استحقاقها له بالدخول إلا بناء على صحة التمسك بالعام مع الشك في مصداق المخصص والحق أن يقال : أصالة براءة ذمة الأب و كذا أصالة براءة ذمة الزوجة جاريتان ، والثانية مقدمة على أصالة براءة ذمة الزوج لتقدم الأصل السببي على المسببي ولذا لا يشك في مالو ادعى البائع عدم رد الثمن في أن القول قول البائع . هذا مضافاً إلى الاشكال في صحة التهاثر لأن عمدة ما قيل فيها أنه إذا اشتغل ذمة أحد الشخصين للآخر بمثل ما اشتغل ذمة الآخر له فإداء كل واحد منهما ما في ذمته للآخر لغو فلا يصح أن يكون معمولاً به ، وأراد بعض الاعلام الاستدلال ببعض الأخبار ويشكل الاستفادة منه . وقد سبق الكلام فيه فنقول : لازم ما ذكر أنه لو كان عين لزيد مثلاً في يد آخر ومثل العين المذكورة في يد زيد لعمر وحصول المعاوضة قهراً من دون حاجة إلى المعاوضة لما ذكر من اللغو .

وقد يستشكل المحقق الأردبيلي - قدس سره - في صحة التهاثر بل بيالى وقوع الاستشكال في كلام العلامة - قدس سره - أيضاً .

و أما أصالة براءة ذمة الأب فليست مقدمة على أصالة براءة ذمة الزوج لكن احتمال اشتغال ذمة الأب لا يوجب سقوط المهر عن ذمة الزوج . وقد يقال : إذا ثبت انتفاء التفويض وعلم بعدم كون المهر في ذمة الوالد وعدم كونه عيناً في يدها أو ديناً في ذمتها فالحق ما ذهب إليه المشهور من أن القول قول الزوج لأن البراءة الأصلية وإن كانت منتقضة بالعلم باستقرار شيء في ذمة الزوج ومقتضى الأصل عدم دفعه إليها لكن الزوجة

لا تخلو إما أن تدعى المهر المسمى من غير تعيين له أو تدعى مع التعيين فعلى الأول لا تكون دعواها مسموعة لعدم سماع الدعوى على المجهول وعلى الثاني يكون الأصل مع الزوج لأن الأصل عدم كون المهر مائة مائة من المهر المعين ومجرد العلم باستقرار شيء في نفسه لا يجدى شيئاً .

ويمكن أن يقال : لازم ما ذكر عدم منجزية العلم الإجمالي باشتغال الذمة بشيء مردد بين أشياء مختلفة كما إذا كان عليه دين لشخص معين وكان الدين مردد بين أشياء مختلفة ، وما ذكر من الأصل المذكور أعني عدم كون المهر مائة مائة المرأة لا حالة سابقة له والسالبة بانتفاء الموضوع لاتفيد بنظر الأعلام مضافاً إلى معارضة الأصل المذكور بأصالة عدم كون المهر غير مائة مائة المرأة ومع التعارض كيف يجرى الأصل المذكور ولا يتصور خروج بعض الأطراف عن محل الابتلاء بناء على جريان الأصل حينئذٍ ، غاية الأمر عدم التمكن من تأدية ما هو طرف العلم الإجمالي وهو لا يوجب سقوط التكليف لا يمكن تأدية البديل مضافاً إلى الاشكال في مانعية خروج بعض الأطراف عن محل الابتلاء عن تنجيز العلم الإجمالي .

ولو خلى الزوج بالزوجة فادّعت المواقعة وثبت المهر أو استقراره فالقول قول الزوج للأصل وقد يستظهر من بعض الأخبار خلافه وقد مر الكلام فيه . وإذا زوج الأب الزوجة من ولده الصغير ولم يكن له مال حين العقد ضمن المهر بلا خلاف ظاهر ويدل عليه صحيح الفضل بن عبد الملك « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير ؟ قال : لا بأس ، قلت : يجوز طلاق الأب ، قال : لا ، قلت : على من الصداق ؟ قال : على الأب إن كان ضمنه لهم وإن لم يكن ضمنه فهو على الغلام إلا أن لا يكون للغلام مال فهو ضامن له ، وإن لم يكن ضمن (١) » .

وموثق عبيد « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير ؟ قال : إن كان لابنه مال فعليه المهر ، وإن لم يكن لابن مال فالأب ضامن المهر ضمن أولم يضمن (٢) » .

والمحكي عن القواعد أنه لو تبرء في العقد من ضمان العهدة صح إن علمت المرأة بالإعسار ، ويقال : لعله لأن المؤمنين عند شروطهم ولدخول المرأة على ذلك وللإقتصار في خلاف الأصل على المتيقن .

ويمكن أن يقال : مع ملاحظة النص الدال على الضمان لعل الشرط المذكور مخالف للسنة ومع الإطلاق كيف يقتصر على القدر المتيقن وكيف يلاحظ دخول المرأة على ذلك ومقتضى الصحيحة والموثقة أنه مع وجود المال للولد يكون المهر على الولد .
 العاشر للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها ، وهل لها ذلك بعد الدخول فيه قولان أشبههما أنه ليس لها ذلك .

المعروف بين الأصحاب أن المرأة لها الامتناع من تسليم نفسها للزواج قبل الدخول حتى تقبض مهرها ، وقد يقال في وجهه : إن النكاح مع ذكر المهر فيه يكون من العقود المعاوضية كالبيع الذي يقال فيه إن لكل من البيعين الامتناع من التسليم حتى يقبض العوض لأن معنى الوفاء بالعقد اللزم بحكم العرف والشرع هو العمل خارجاً على طبق ما التزم به المتعاقدان به في العقد من النقل والانتقال . وهذا التقريب لا يخلو عن الإشكال لأن النكاح الدائم ليس على النعوين فكما يصح النكاح بدون ذكر المهر كذلك في صورة ذكر المهر ليس المهر عوضاً ولازم التقريب المذكور أن لها الامتناع حتى بعد الدخول ولا يلتزمون به وقد استدل على ذلك بخبر زرعة عن سماعة د سأله عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته في حل من صداقها ، يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً ؟ قال : نعم ، إذا جعلته في حل فقد قبضته ^(١) ، فإنه يدل بمفهومه على عدم جواز الدخول بها قبل أن تقبض مهرها ، ولا يخفى أن المراد امتناع الزوجة من تسليم نفسها لاستمتاع الزوج ، والمستفاد من هذا الخبر - لو لم يكن إشكال فيه من جهة السند - عدم جواز خصوص الدخول دون سائر الاستمتاعات بل لا يبعد أن يكون مساق هذا الخبر مساق الأخبار أخر المحمولة على الكراهة كخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق إليها شيئاً درهماً »

فما فوقه أو هديته من سويق أو غيره^(١) .

ويؤيده ما في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام وعن رجل تزوج امرأة على أن يعلمها سورة من كتاب الله عز وجل فقال عليه السلام : ما أحب أن يدخل بها حتى يعلمها السورة ويعطيها شيئاً ، قلت : أيجوز أن يعطيها تمراً أو زيباً ؟ فقال : لا بأس بذلك إذا رضيت به كائناً ما كان^(٢) .

والمحكى عن الحدائق ونهاية المرام أنه ليس لها الامتناع من تسليم نفسها وللزوجة الامتناع من تسليم المهر بل كل منهما مكلف شرعاً بأداء ما عليه عصى الآخر أو أطاع .

﴿ النظر الثالث في القسم والنشوز والشقاق . أما القسم فللزوجة الواحدة ليلة وللاثنين ليلتان وللثلاث ثلاث ، والفاضل من الأربع له أن يضعه حيث شاء ولو كن أربعاً فلكل واحدة ليلة ولا يجوز الاخلال إلا مع العذر أو الإذن ، والواجب المضاجعة للمواقعة ويغنى الوجوب بالليل دون النهار ، وفي رواية الكرخي إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها ﴾ .

الظاهر من كلمات الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - وجوب القسمة بين الزوجات في الجملة وإنما الخلاف في أنه هل تجب على الزوج ابتداء بمجرد العقد والتمكين كالنفقة أو لا تجب عليه حتى يبتدئ بها وتظهر الثمرة في أنه على الأول لو كانت له زوجة واحدة يجب عليه المبيت في كل أربع ليال ليلة وكان الليالي الثلاث له يضعه حيث يشاء ولو كان له زوجتان كان لكل واحدة ليلة من كل أربع ليال والليلتان الباقيتان له وهكذا لو كانت ثلاث زوجات ، ولو كن أربع لا يبقى له ليلة وعلى القول الآخر فلو كانت له زوجة واحدة لم يجب عليه القسمة لها مطلقاً ولو مع المبيت ليلة عندها ولو كانت له زوجتان أو أزيد لم يجب عليه القسمة إلا مع المبيت ليلة عند إحداهن فيجب القسمة لهن

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢١٥ ، والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٠ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢١٨ .

حتى يتم الدور ولا يجب عليه استيناف الدور بل كان له الاعتزال عنهن .
 واستدل للقول الأول بوجوب العدل والأمر بالمعاشرة بالمعروف والتأسي بالنبي
 ﷺ حيث كان يقسم بينهن^(١) ، وقول الصادق عليه السلام على المحكمي في خبر البصري
 « في الرجل يكون عنده المرأة فيتزوج أخرى كم يجعل للتي يدخل بها ؟ قال عليه السلام :
 ثلاثة أيام ، ثم يقسم^(٢) ، حيث إن قوله عليه السلام يدل على وجوب القسم وإطلاق الاخبار
 المستفيضة الآمرة بالقسم للحرّة مثلي ما للأمة .

منها ما رواه الشيخ - قدس سره - في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام
 قال : « سأله عن الرجل تزوج المملوكة على الحرّة ؟ قال : لا ، فإذا كانت تحته امرأة
 مملوكة فتزوج عليها حرّة قسم للحرّة مثلي ما يقسم للمملوكة^(٣) » .

وعن محمد بن قيس في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى في رجل نكح أمة
 ثم وجد طولاً يعني استغناء أولم يشته أن يطلق الأمة نفسه فيها فقضى أن الحرّة تنكح
 على الأمة ولا ينكح الأمة على الحرّة إذا كانت الحرّة أوليها عنده وإذا كانت الأمة
 عنده قبل نكاح الحرّة على الأمة قسم للحرّة الثلثين من ماله ونفسه [يعني نفقته] وللأمة
 الثلث من ماله ونفسه^(٤) » .

وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سأله عن الرجل
 تزوج الأمة على الحرّة قال : لا يتزوج الأمة على الحرّة ويتزوج الحرّة على الأمة
 وللحرّة ليلتان وللأمة ليلة^(٥) » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح
 الأمة قال : يتزوج الحرّة على الأمة - إلى أن قال - وإن اجتمعت عندك حرّة وأمة

(١) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٦٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٤) و(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ .

فللحرّة يومان وللأمة يوم^(١) .

و إطلاق مادلّ من النصوص على أن لكلّ زوجة ليلة من أربع كخبر عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : « سألته عن رجل له امرأتان قالت إحداهما : ليّلي ويومي لك يوماً أو شهراً أو ما كان ، أيجوز ذلك ؟ قال عليه السلام : إذا طابت نفسها واشترى ذلك منها فلا بأس^(٢) . »

وخبر الحسن بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن الرّجل يكون له المرأتان وإحداهما أحبّ إليه من الأخرى أله أن يفضلها بشيء ؟ قال عليه السلام : نعم له أن يأتيها ثلاث ليال والأخرى ليلة ، لأنّ له أن يتزوّج أربع نسوة فليلتاه يجعلهما حيث يشاء ، قلت : فتكون عنده المرأة فيتزوّج جارية بكرة قال : فليفضلها حين يدخل بها ثلاث ليال وللرّجل أن يفضل نساء بعضهم على بعض ما لم يكن أربعاً^(٣) . »

وصحيح ابن مسلم قال : « سألته عن الرّجل تكون عنده امرأتان إحدهما أحبّ إليه من الأخرى قال : له أن يأتيها ثلاث ليال والأخرى ليلة ، فإن شاء أن تزوّج أربع نسوة كان لكلّ امرأة ليلة ولذلك كان له أن يفضل بعضهم على بعض ما لم يكن أربعاً^(٤) . »

ونوقش في استفادة مذهب المشهور ممّا ذكر بأنّ وجوب العدل فرع ثبوت الحقّ لأنّ العدل إعطاء كلّ ذي حقّ حقه فيه لا يثبت الحقّ ، والأمر بالمعاشرة بالمعروف لا يقتضى وجوب المبيت ، والتأسي بالنبي صلى الله عليه وآله لا محلّ له بعد معلومية عدم وجوب القسم عليه . وأمّا خبر البصريّ فهو في مقام بيان عدم استحقاق الجديدة أكثر من ثلاث ليال يختصّ لها وليس في مقام بيان وجوب القسمة . وأمّا أخبار الحرّة والأمة فهي في مقام بيان كيفية العدل حيث يريد القسمة ، وأمّا خبر عليّ بن جعفر وخبر الحسن بن زياد وغيرهما من

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٦٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ .

(٤) الفقيه باب ما أحلّ الله من النكاح تحت رقم ٦٨ .

النصوص الدالة على أن لكل زوجة ليلة من أربع ليال فهي في مقام بيان جواز تفضيل بعض النساء على بعض لافي مقام بيان وجوب القسمة بينهما ابتداء .

ثم بعد نقل القول الآخر والاشكال فيما استدل له قرب الاستدلال لمذهب المشهور بخبر الحسن بن زياد المتقدم حيث علل جواز تفضيل النساء بعضهم على بعض بقوله « لأن له أن يتزوج أربع نسوة » ومن المعلوم أنه لا دلالة لهذا التعليل على جواز التفضيل أصلاً إلا بضميمة مقدمة كانت مفروغ عنها عند السائل وهي استحقاق كل زوجة ليلة واحدة من أربع ليال إذ حينئذ يكون حاصل التعليل أنه حيث كان للزوجة الواحدة من كل أربع ليال ليلة واحدة لأزيد كانت الليالي الثلاث الباقية له أباح الله تعالى له أن ينكح أربع نساء إذ لو كان للواحدة من كل أربع ليال أزيد من ليلة واحدة لم يبح له أن ينكح أربع نساء لاستلزامه تضييع حق كل منهن بهذا التعليل يدل بدلالة الاقتضاء على أن للزوجة على الزوج القسم ابتداء ولو كانت عنده واحدة .

ويمكن أن يقال : لا مجال لا نكار ظهور جملة الخبرية أعني قوله عليه السلام على المحكي في خبر البصري « ثم يقسم » وقوله عليه السلام على المحكي في صحيح محمد بن مسلم « قسم للحرّة مثلي ما يقسم للمملوكة » . وما في موثق محمد بن قيس وكون هذه الأخبار في مقام بيان أمر آخر لا يمنع الظهور .

وما ذكر في الاستدلال بخبر الحسن بن زياد يشكل من جهة أن استحقاق الزوج ليلة واحدة من أربع ليال لا يلزم وجوب المبيت عندها ألا ترى أن حقوقاً كثيرة للمؤمن من دون الإيجاب هذا ، ولكن يشكل مذهب المشهور بملاحظة ما يستدل به للقول الآخر وهو ما روي من أن النبي صلى الله عليه وآله غضب على بعض نساؤه فاعتزلهن أجمع شهراً فلو كان القسم واجباً لكان المتعين اختصاص الناشئة بالحرمان والنصوص المستفيضة الدالة على حصر حق الزوجة على الزوج في غير القسم كخبر إسحاق بن عمار قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما حق المرأة على زوجها الذي إذا فعله كان محسناً قال عليه السلام : يشبعها و يكسوها وإن جهلت غفر لها ^(١) » ،

وخبر شهاب بن عبد ربّه قال : دقلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما حق المرأة على زوجها ؟ قال : يسدّ جوعها ويستر عورتها ، ولا يقبح لها وجهاً ، فإذا فعل ذلك فقد والله أدّى حقها ^(١) .

ونوقش بعدم استفادة المدعى ممّا ذكر إلّا الأصل أمّا ما روي من اعتزال النبي صلى الله عليه وآله لنسائه أجمع فلاّن دلالة على عدم وجوب القسم مبنيّ على وجوب القسم عليه أيضاً على تقدير وجوبه على الزوج وقد عرفت أنّ المشهور بين الخاصة والعامة عدم وجوبه عليه عليه السلام وأمّا النصوص الدالة على حصر حق الزوجة على الزوج في غير القسم فهي محمولة على الحقوق المختصة بها فلا دلالة لها على عدم استحقاقها القسم الذي هو من الحقوق المشتركة بينهما لأنّه نحو من أنحاء الاستمتاع الذي هو حق للزوج .

ويمكن أن يقال : إذا لم يكن القسم واجباً على النبي صلى الله عليه وآله فلا مانع من التأسّي به عليه السلام لأنّه لم يحرز أن يكون عدم الوجوب من خصائصه . وأمّا النصوص الدالة على الحصر فما ذكر فيها من الحمل على الحقوق المختصة مشكك ، من جهة أنّ الحق المشترك حق الاستمتاع من دون مدخيلة لليوم والليل و الاخبار الواردة في القسم يستفاد منها مدخيلة ليلة واحدة ، من أربع ليال ، و ظاهر الاخبار الاختصاص بالزوجة وعلى هذا فلا مانع من الجمع وحمل أخبار القسم على الحق الغير الواجب مراعاته كحقوق المؤمن على أخيه الثلاثين أو أقل ، هذا مضافاً إلى أنّ الظاهر من الأخبار إستحقاق الزوجة مبيت الزوج تمام الليل مع أنّ سيرة المتشرّعة على خلافه لاشتغالهم بالصلاة والتدريس والتدرّس والشواغل الدنيّة والدنيويّة ومن المسلم عند الفقهاء جواز المسافرة ولم نعر على نصّ استثنى فيه أوقات المسافرة ومقتضى الإطلاقات وجوب القسم في جميع الأزمنة والسفر بدون مسافرة الزوجة وإن لم يكن مقدّمة لترك القسم الواجب لكنّه ملازم لتركه فيكون المسافر عاصياً من جهة ترك القسم .

هذا كله إن لم يكن إجماع في البين ومع تماميّة الإجماع القدر المتيقّن مذهب إليه الشيخ - قدّس سرّه - وهو القول الثاني ، وفي المتن لا يجوز إلاّ خلال إلاّ مع العذر

أو الإذن والظاهر من كلماتهم أن المراد من العذر ليس ما يبيح ترك الواجب بل مطلق ما يكون مثله عذراً في العادة في التخلف عنها في بعض الليلة تمسكاً بالسيرة القطعية وأن الميزان ما يتحقق به مسمى العدل والعشرة بالمعروف ولا يخفى الاشكال فيه مع القول بالوجوب ، ولا إشكال في أن الواجب ليس الواقعة التي لا تجب عليه إلا في كل أربعة أشهر مرة لعدم الدليل على وجوبها بل الدليل على عدم وجوبها وبطلان على عدم الوجوب خبر إبراهيم الكرخي « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في ليلتهن فيمسهن وإذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسه فهل عليه في هذا إثم ؟ قال : إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظل عندها صبيحتها وليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك ، ^(١) وأما المضاجعة بمعنى النوم في فراش واحد بحيث يتحقق التلاصق بالأبدان أو الثياب فيشكل استفادة لزومها من الأخبار واستفادة اللزوم من قوله تعالى : « فاهجروهن في المضاجع ، مشكلة حيث إن الهجر وإن كان مشروطاً بالنشوز لكن ليس كل ترك هجراً بل الظاهر أن الترك بنحو الإعراض يكون هجراً ومقتضى الأخبار المذكورة إستحقاق المرأة مبيت الزوج عندها في خصوص الليل دون النهار وما في رواية إبراهيم المذكورة من قوله عليه السلام « على المحكمي » ويظل عندها صبيحتها ، محمول على الندب نعم في الأخبار الواردة في تزوج الرجل المملوكة والحرّة عبّر للحرّة يومان وللأمة يوم فلا بد من التوجيه باستحباب إضافة اليوم اليوم إلى الليلة أو إرادة معنى الآخر ولا مجال لرفع اليد عن الأخبار الدالة على تعيين خصوص الليلة في القسم .

ولو اجتمعت مع الحرّة أمة بالعقد فللحرّة ليلتان وللأمة ليلة والكتيبة كالأمة ولاقسمة للموطوءة بالملك وتختص البكر عند الدخول بثلاث إلى سبع والثيب بثلاث ويستحب التسوية بين الزوجات في الإنفاق وإطلاق الوجه والجماع وأن يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبها .

(١) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٦٧ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٢

واللفظ له .

لواجتمعت مع الحرّة أمة بالعقد فمقتضى الأخبار أن الحرّة ليلتين وللأمة ليلة .
منها ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال : سأله عن
الرجل يتزوج المملوكة على الحرّة قال : لا فإذا كانت تحت امرأة مملوكة فتزوج
عليها حرّة قسم للحرّة مثلي ما يقسم للمملوكة ^(١) .

ومنها موثق محمد بن قيس وخبر عبدالرحمن بن أبي عبدالله المتقدّمان وغيرهما
وأما كون الكتابية كالأمة فهو المشهور ويدل عليه ما رواه في الكافي عن عبدالرحمن
ابن أبي عبدالله قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام هل للرجل أن يتزوج النصرانية على المسلمة
والأمة على الحرّة ؟ فقال : لا يتزوج واحدة منهما على المسلمة ويتزوج المسلمة على
الأمة والنصرانية والمسلمة الثلاث وللأمة والنصرانية الثلث ^(٢) .

وضعف السند مجبور بالعمل ، وأما عدم القسمة للموطوعة بالملك فادّعى عليه
الإجماع ويكفي في المقام عدم دليل على استحقاتها فمقتضى الأصل عدم استحقاتها ، وأما
اختصاص البكر عند الدخول بثلاث إلى سبع والثيب بثلاث فهو المشهور ويدل عليه
النبوي صلى الله عليه وآله : للبكر سبعة وللثيب ثلاث ^(٣) .

وصحيح ابن أبي عمير ، عن غير واحد ، عن محمد بن مسلم قال : قلت : الرجل
نكون عنده المرأة يتزوج الأخرى أله أن يفضلها ؟ قال : نعم إن كانت بكراً فسبعة أيام
وإن كانت ثيباً فتلاثة أيام ^(٤) .

وخبره الآخر قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل تزوج امرأة وعنده امرأة ؟ قال :
إذا كانت بكراً فليبت عندها سبعا وإن كان ثيباً فتلاثاً ^(٥) .

وخبر هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوج البكر قال : يقيم

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٩ .

(٣)

(٤) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٦٦ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ والاستبصار ج ٣ ص ٢٤١ .

عندها سبعة أيّام ^(١) .

وعلى ذلك ينزّل إطلاق خبر البصري عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يكون عنده المرأة فيتزوج الأخرى كم يجعل للتي يدخل بها ؟ قال : ثلاثة أيّام ثم يقسم ^(٢) » .

وفي قبال ما ذكر خبر حسن بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام وفيه « قلت : فيكون عنده المرأة فيتزوج عليها جارية بكرة قال : فليفضلها حين يدخل بها ثلاث ليال ^(٣) » . وفي موثقة سماعة « سأله عليه السلام عن رجل كانت له امرأة فيتزوج عليها هل يحل له أن يفضل واحدة على الأخرى ؟ قال : يفضل المحدثه حدثان عرسها ثلاثة أيّام إذا كانت بكرة ثم يسوي بينهما بطيبة نفس إحداهما الأخرى ^(٤) » .

و عن الشيخ في التهذيبين الجمع بينهما وبين النصوص السابقة بحمل السبع للبكر على الجواز ، والثلاث على الأفضل ولا يبعد من جهة عدم ظهور الأخبار في اللزوم فظير الأمر الوارد في مقام توهم الحظر .

وأما استحباب التسوية بين الزوجات فيدل عليه خبر عبد الملك بن عتبة الهاشمي « سئل الكاظم عليه السلام عن الرجل يكون عنده امرأتان يريد أن يؤثر إحداهما بالكسوة والمطية أ يصلح ذلك ؟ قال : لا بأس واجتهد في العدل بينهما ^(٥) » . وفي الخبر عن أمير المؤمنين عليه السلام : من كان عنده امرأتان فكان إذا كان يوم واحدة فلا يتوضأ عند الأخرى ^(٦) .

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٥ .

(٢) تقدم ص ٢٢٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٢٢ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ و الاستبصار ج ٣ ص ٣٤١ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ . والاستبصار ج ٣ ص ٢٤١ .

(٦) مجمع البيان ذيل الآية المائة والثلاثين من سورة النساء والوسائل كتاب النكاح

أبواب القسم والنكاح ٥ تحت رقم ٣ .

بل في خبر المعمر بن خلاد النهي عن ذلك فإنه «سأل الرضا عليه السلام أن يفضّل نساءه بعضهم على بعض ، فقال : لا^(١)» .

وأما استعجاب أن يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبها فيدل عليه خبر إبراهيم الكرخي المتقدم بعد حمله على الاستعجاب .

﴿ وأما النشوز فهو ارتفاع أحد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له فمتى ظهر من المرأة أماراة العصيان وعظها فإن لم ينجع هجرها في المضجع ، وصورته أن يوليها في الفراش ، فإن لم ينجع ضربها مقتصراً على ما يؤمل معه طاعتها مالم يكن مبرحاً ، ولو كان النشوز منه فلها المطالبة بحقوقها ، ولو تركت بعض ما يجب أو كله استمالة جازله القبول ﴾ .

بعد ما كان لكل من الزوج والزوجة حقوق على الآخر يجب القيام بها بارتفاع أحدهما عن الطاعة يتحقق النشوز بل هو عين النشوز ويشير إلى نشوز المرأة قوله تعالى «واللاتي يخافون نشوزهن فعضوهن» - الآية ، ويشير إلى نشوز الزوج «وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً - الآية» وارتفاع كليهما يكون شقاق . وهل يكون وجوب القيام بالحقوق مطلقاً بالنسبة إلى كل منهما أو يكون مشروطاً بقيام الآخر عدم نشوزه ؟ مقتضى إطلاق الأدلة الإطلاق فيجب على كل من الزوج والزوجة القيام بالحقوق وإن نشز الآخر ، نعم بشكل ينظر من يستشكل في أمثال هذه الأدلة بأنها ليست في مقام البيان ، وقد دلّ الدليل على عدم الوجوب مع نشوز المرأة ، وقد يقال ببقاء الإطلاق في طرف الزوجة بحيث لو لم يقم الزوج بحقوق الزوجة لم يجز لها عدم القيام بالحقوق الواجبة عليها ففي رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «أنت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت : ما حق الزوج على المرأة ؟ فقال عليه السلام : أن تجيبه إلى حاجته وإن كانت على ظهر قتب ، ولا تعطى شيئاً إلا بأذنه ، فإن فعلت فعليه الوزر وله الأجر ، ولا نبئت ليلة وهو عليها ساخط . قالت : يا رسول الله وإن كان ظالماً ؟ قال نعم^(٢) ، حيث إن

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٠٨ .

الظاهر من قولها « وإن كان ظالماً » كونه ظالماً لها بعدم القيام بحقوقها فقال : صلى الله عليه وآله : نعم .

ويمكن أن يقال : الظاهر معارضة هذه الرواية بما روى في الكافي عن سفيان بن عيينة عن أبي عبد الله عليه السلام « أن النبي صلى الله عليه وآله قال : أنا أولى بكل مؤمن من نفسه وعلى علي عليه السلام أولى به من بعدي ، ف قيل له : ما معنى ذلك ؟ فقال قول النبي صلى الله عليه وآله : من ترك ديننا أو ضياعاً فعلى ومن ترك مالا فلورثته ، فالرجل ليس له على نفسه ولاية إذا لم يكن له مال ، وليس له على عياله أمر ولا نهى إذا لم يجر عليه النفقة ، والنبي وأمير المؤمنين ومن بعدهما عليهما السلام ألزمهم هذا ، فمن هناك صاروا أولى بهم من أنفسهم ، وما كان سبب إسلام عامة اليهود إلا من بعدهم هذا القول من رسول الله صلى الله عليه وآله فإنهم آمنوا على أنفسهم وعلى عيالاتهم ، (١) .

ولننقل ماورد من الأخبار الواردة في الحقوق :

فمنها ما روى في الكافي عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت : يا رسول الله ما حق الزوجة على المرأة فقال : لها أن تطيعه ولا تنصيه ولا تصدق من بيته إلا بإذنه ، ولا تصوم تطوعاً إلا بإذنه ، ولا تمنعه نفسها وإن كان على ظهر قتب ، ولا تخرج من بيتها إلا بإذنه وإن خرجت بغير إذنه لعنتها ملائكة السماوات وملائكة الأرض وملائكة الغضب وملائكة الرحمة حتى ترجع إلى بيتها ، فقالت : يا رسول الله من أعظم الناس حقاً على الرجل ؟ قال : والده ، قالت : فمن أعظم الناس حقاً على المرأة ؟ قال صلى الله عليه وآله : زوجها ، قالت : فما لي عليه من الحق مثل ما له علي ؟ قال : لاو لا من كل مائة واحد ، فقالت : والذي بعثك بالحق لا يملك رقبتى رجل أبداً (٢) ، .

وعن عمرو بن جبيرة العزرمي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى

(١) المصدر ج ١ ص ٢٠٦ باب ما يجب من حق الامام على الرعية .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٠٧ . والفتية باب حق الزوج تحت رقم ١ .

رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله ما حق الزوج على المرأة ، فقال : أكثر من ذلك ^(١) قالت : فخبّرني عن شيء منه فقال صلى الله عليه وآله : ليس لها أن تصوم إلا بإذنه - يعني تطوعاً - ولا تخرج من بيتها إلا بإذنه ، وعليها أن تطيب بأطيب طيبها ، وتلبس بأحسن ثيابها ، وتزين بأحسن زينتها وتعرض نفسها عليه غدوة وعشيّة وأكثر من ذلك حقوقه عليها ^(٢) . ومنها خبر أبي بصير المتقدم .

وعن سعد بن أبي عمرو والجلاب قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : «أيما امرأة باتت وزوجها عليها ساخط في حق لم تقبل لها صلاة حتى يرضى عنها ، وأيما امرأة تطيبت لغير زوجها لم تقبل منها صلاة حتى تغتسل من طيبها كفسلها من جنابتها ^(٣)» .

ولا يخفى أنها مشتملة على الحقوق الواجبة وغير الواجبة فإنما في رواية محمد بن مسلم من قوله عليه السلام على المحكمي «أن تطيعه ولا تعصيه» يشمل إطلاقه الإطاعة وترك العصيان في كل أمر ومن المعلوم عدم لزوم إطاعة الزوج في غسل ثوبه وطبخ الخبز وغيره وسائر حوائجه وكذلك قوله عليه السلام على المحكمي «ولا من كل مائة واحد» وكذا ما في خبر عمرو بن جبير من قوله عليه السلام على المحكمي «وعليها أن تطيب - الخ» مع أن السيرة على عدم التزام النساء المتدينات بما ذكر وكذا ما في خبر أبي بصير من عدم المبيت والزوج ساخط ولو كان ظالماً .

ويشهد لعدم الحرمة ما في خبر سعد بن أبي عمرو من قوله عليه السلام على المحكمي «باتت وزوجها عليها ساخط في حق» فلا يستفاد من خبر أبي بصير المذكور وجوب الإطاعة حتى مع عدم قيام الزوج بحقوقها كما ذكر آنفاً .

وأما الأخبار المتضمنة لحقوق الزوجة على الزوج فمنها ما رواه في الكافي في الموثق عن إسحاق بن عمار قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما حق المرأة على زوجها

(١) أي حقوقهم أكثر من أن تذكر .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٥٠٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥٠٧ والفتاوى باب حق الزوج تحت رقم ٨ .

الذي إذا فعله كان محسناً؟ قال : يشبعها ويكسوها وإن جهلت غفر لها ^(١) .
ورواه في الفقيه عن إسحاق بن عمار قال : « سأل إسحاق بن عمار أبا عبد الله عليه السلام عن حق المرأة على زوجها ، قال : يشبع بطنها ويكسو جسدها (جشتها خل) وإن جهلت غفر لها ^(٢) » .

ومارواه في الفقيه مرسلًا قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام : كان امرأة عند أبي تؤذيه فكان يغفر لها ^(٣) » .

وروى في الكافي عن عمرو بن جبيرة الغزرمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فسألته عن حق الزوج على المرأة فخبّرها ، ثم قالت : فما حقها عليه ، قال : يكسوها من العرى ويطعمها من الجوع وإن أذبت غفر لها ، فقالت : فليس لها عليه شيء غير هذا ؟ قال : لا ، قالت : لا والله لا تزوجت أبداً ، ثم وكّلت فقال النبي صلى الله عليه وآله : ارجعي فرجعت فقال لها : إن الله عز وجل يقول : « وأن يستعففن خير لهن » ^(٤) .

ومارواه في الكافي عن روح بن عبد الرحمن قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام قوله عز وجل : « ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » قال : إذا أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة وإلا ففرق بينهما ^(٥) » .

ومارواه في النهاية عن عاصم بن حميد ، عن أبي بصير - في الصحيح - قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرق بينهما » .

ثم إن ظاهر المتن أنه مع ظهور أماراة العصيان من المرأة يعطها الزوج فإن لم ينجع هجرها وإن لم ينجع ضربها ضرباً غير مبرح ، ويشكل أن الأصل في المقام

(١) المصدر ج ٥ ص ٥١٠ .

(٢) المصدر باب حق المرأة على الزوج تحت رقم ٢ .

(٣) المصدر الباب تحت رقم ٤ .

(٤) و (٥) الكافي ج ٥ ص ٥١١ و ٥١٢ .

قوله تعالى «واللّٰتى تخافون نشوزهنَّ» الخ، فإن كان المراد من الخوف التوقع فاللّٰزم كفاية التوقع في الهجر والضرب لأنّ الواو لمطلق الجمع، وإن كان المراد من الخوف العلم فاللّٰزم عدم كفاية الامارة مع عدم تحقق النشوز بل اللّٰزم تحققه بالفعل في الوعظ والهجر والضرب والمعنى الثاني للخوف محكيّ عن الفرّاء وظاهر جملة من الأصحاب ويؤيد هذا ما قيل من أنّ المراد من الخوف في قوله تعالى «فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً» العلم وكذا في قوله تعالى: «وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً» بملاحظة ماورد من النصوص فيه، وكذا في قوله تعالى «وإن خفتم شقاق بينهما» من جهة اتّحاد المساق، هذا مضافاً إلى أنّ الهجر والضرب كيف يترتبان على توقع النشوز مع أنّه لم يتحقق بعد لعدم استحقاقها بعد للعقوبة، هذا مضافاً إلى أنّ قوله تعالى «فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً» في ذيل قوله «فعظوهنّ واهجروهنّ واضربوهنّ» يستفاد منه أنّه مع الإطاعة لاسبيل على المرأة ومع عدم تحقق النشوز تكون مطيعة لعدم الوساطة بينهما ولا إشكال في أنّ الهجر وكذا الضرب سبيل عليها لو لم يكن الوعظ سبيلاً.

ثمّ إنّ الأمور الثلاثة أعني الوعظ والهجر والضرب لإشكال فيها بحسب المفهوم فحيث إنّ الهجر والضرب بل الوعظ أيضاً توجب تأذّي المرأة لابدّ من الاقتصار بأقلّ مراتبها، أمّا الهجر فقد حكى عن غير واحد من الأصحاب توليتها ظهره في الفراش كما عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام بل عن المبسوط نسبته إلى رواية أصحابنا وعن مجمع البيان إلى الباقر عليه السلام وعن المبسوط والسرائر هو أن يعتزل فراشها وعن المفيد التخيير ولعله أقوى لاندراجهما في الهجر عرفاً، وفي الضرب يقتصر على أدنى مراتبه مع حصول الغرض به، والظاهر لزوم أن يراعى الزوج الإصلاح لا التشفى والانتقام كما قيل في تأديب المؤدّب حيث إنّهُ يقتصر في الإيذاء المحرّم على النحو المارخص فيه فتأمل.

ولو كان النشوز من طرف الزوج بمنع حقوقه الواجبة عليه فلا إشكال في أنّ لها المطالبة بها والمعروف أنّ الزّوجة ليس لها منع ما عليها من الحقوق.

ويمكن أن يقال: إن كان المدرك لإطلاق الأدلّة فربما يستشكل بعدم كونها في مقام

البيان بجميع الجهات مضافاً إلى الخبر المروي في الكافي عن سفيان بن عيينة إلا أن يستشكل فيه من جهة السند . والمعروف أنه إذا امتنع الزوج من القيام بحقوقها ترفع أمرها إلى الحاكم فإن ثبت عنده ما دأته ببيئته أو اعتراف أو نحو ذلك قرره بما يراه وأجرى عليها النفقة من ماله ولو يبيع عقاره عليه وإلا نصب بينهما ثقة يستعلم صدق ما دأته ويكون الحاكم كما تقدم ، ولولم يكن يؤذيها ولا يمتنها شيئاً من حقوقها الواجبة إلا أنه يكرهها لكبر أو مرض أو غيرهما فلا يدعوها إلى فراشه وبهم بطلاقها فلها أن تسترضيه بإسقاط بعض حقوقها من القسم أو النفقة أو نحوهما ويحل له ذلك وهذا هو الصلح الذي أشارت إليه الآية بقوله تعالى « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً » .

والاخبار الواردة في المقام منها ما رواه في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألت عن قول الله عز وجل » « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً ، فقال : هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها : إنني أريد أن أطلقك فتقول له : لا تفعل إنني أكره أن تشمت بي ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك ودعني على حالتي فهو قوله « فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما » فهذا هو الصلح ^(١) .

وعن علي بن أبي حمزة قال « سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عز وجل : « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً ، قال : إذا كان كذلك فهم بطلاقها قالت له : أمسكني وأدع لك بعض ما عليك وأحللك من يومي وليتني حلّ له ذلك ولا جناح عليهما ^(٢) » .

وما رواه في الفقيه عن المفضل بن صالح عن زيد الشحام عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « النشوز يكون من الرجل والمرأة جميعاً فأما الذي من الرجل هو ما قال الله عز وجل في كتابه « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا والصلح خير » ،

وهو أن تكون المرأة عند الرّجل لا تعجبه فيريد طلاقها فتقول له : أمسكني ولا تطلقني
و أدع لك ما على ظهرك وأحلّ لك يومي وليتني فقد طاب له ذلك ^(١) .

وفي خبر زرارة « سئل أبو جعفر عليه السلام عن النّهارية ويشترط عليها عند عقدة
النكاح أن يأتيها ما شاء نهاراً أو من كلّ جمعة أو من كلّ شهر يوماً وإنّ النفقة كذا
وكذا ، قال : فليس ذلك الشرط بشيء ، من تزوّج امرأة فلها مال للمرأة من القسمة و
النفقة ولكنّه إن تزوّج امرأة فخافت منه نشوزاً أو خافت أن يتزوّج عليها فصالحت
من حقّها على شيء من قسمتها أو بعضها (أو ليلتها خ ل) فإنّ ذلك جائز لا بأس به ^(٢) .
وقد يقال : إنّ الأخبار المذكورة ظاهرة الاتّفاق في تخصيص صحة الصلح
وبراءة نعمة الزّوج ممّا أسقطته عنه المرأة بمالو كرها أو أراد التزويج عليها أو نحو
ذلك ممّا لا يتضمّن إخلالاً بواجب أو ارتكاب محرّم وبذلك يظهر ضعف قول من قال :
إنّه لو أخلّ الزّوج بحقوقها الواجبة أو بعضها فتركت له بعض الحقوق جاز ذلك وبرئت
نعمته وإن كان آثماً في نشوزها لأنّ الآية بمقتضى الرّوايات التي تفسرها أكثرها صريح
في تخصيص ذلك بكرهاته لها ونحو ذلك دون الإخلال بالحقوق الواجبة عليه لها وما أطلق
فقرائن ألفاظه ظاهرة في ذلك أيضاً .

ويمكن أن يقال : لا ظهور في الأخبار المذكورة في الحصر ألا ترى أنّه ذكر في
بعضها إرادة الطلاق وفي بعضها إرادة التزوّج فإن كانت حقوق المرأة حقوقاً قابلة للإبراء
و النقل كما يشهد به بعض الأخبار الواردة في القسم فلاحظ خبر عليّ بن جعفر عن
أخيه موسى عليه السلام المذكور هناك فلا مانع من الصلح مع الزّوج بلا عوض ومع العوض ، ومع
الصلح وبراءة نعمة الزّوج لا إخلال بالواجب .

وأما ما ذكر قبل ذلك من المراجعة إلى الحاكم فمع اختلاف الزّوجة مع الزّوج
في القيام بالحقوق الواجبة على الزّوج لا إشكال فيها حيث إنّ الترافع أمره راجع إلى
الحاكم . وأما مع عدم الاختلاف و عدم قيام الزّوج بها فتعيّن الرّجوع إلى الحاكم

(١) المصدر باب النشوز تحت رقم ١ .

(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٧٨ .

إن كان من جهة الولاية العامة يشكل عند من لا يسلم الولاية العامة ، وإن كان من جهة الحسبة فلا يبعد الرجوع إلى عدول المؤمنين ولومع التمكّن من المراجعة إلى لعاكم حيث لا يبعد الاستفادة من بعض الأخبار كما ذكر في محله .

﴿ وأما الشقاق وهو أن يكره كلُّ منهما صاحبه ، فإذا خشي الاستمرار بعث كلُّ منهما حكماً من أهله ، ولوا متنع الزوجان بعثهما الحاكم ويجوز أن يكونا أجنبيّين وبعثهما تحكيم لا توكيل فيصلحان إن اتفقا ولا يفرّقان إلا مع إذن الزوج في الطلاق و المرأة في البذل ، ولواختلف الحكماء لم يمتض لهما حكم ﴾ .

الشقاق هو أن يكره كلُّ من الزوجين صاحبه فيكون كلُّ منهما في شقٍّ عن الآخر أي في ناحية والحكم في ذلك أن يبعث حكمان من أهله وأهلها للصلح أو التفريق . والأصل في المقام قوله عزّ وجلّ « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما » . والأخبار ومنها :

مارواه في الكافي عن عليّ بن أبي حمزة قال : « سألت العبد الصالح عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ : « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » فقال : يشترط الحكماء إن شاءا فرّقا وإن شاءا جمعا ففرّقا أو جمعا جاز ^(١) » .

وعن سماعة في الموثّق قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله الله تعالى « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » أرأيت إن استأذن الحكماء فقالا للرجل والمرأة : أليس قد جعلتما أمركما إلينا في الإصلاح والتفريق ؟ فقال الرجل والمرأة : نعم وأشهدا بذلك شهوداً عليهما يجوز تفريقهما عليهما ؟ قال : نعم ولكن لا يكون إلا على طهر من المرأة من غير جماع من الزوج ، قيل له : أرأيت إن قال أحد الحكمين : قد فرقت بينهما ، وقال الآخر : لم افرّق بينهما ؟ فقال : لا يكون تفريق حتى يجتمعا جميعاً على التفريق ، وإذا اجتمعا على التفريق جاز تفريقهما ^(٢) » .

وعن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : « سألته عن قول الله عزّ وجلّ « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » قال : ليس للحكمين أن يفرّقا حتى يستأمرا ^(٣) » .

ومارواه المشايخ الثلاثة - قدس أسرارهم - عن الحلبي في الصحيح وفي آخر في الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سألت عن قول الله عز وجل» «فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها» قال : ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستامرا الرجل والمرأة ويشترطا عليهما إن شاءا جمعا وإن شاءا فرقا ، فإن جمعا فجائز وإن فرقا فجائز^(١) .

وما في الكافي عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عز وجل : «فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها» قال : الحكمان يشترطان إن شاءا فرقا وإن شاءا جمعا ، فإن جمعا فجائز وإن فرقا فجائز^(٢) .

ثم نقول : قد يحمل قوله تعالى «إن خفتم شقاق بينهما على خشية استمرار الزوج والزوجة على الكراهة والشقاق بالاضمار، وقد يحمل على العلم بأن يكون المراد من قوله: خفتم، وإن علمتهم كما حمل خوف الجنف من الموصي على العلم والأول بعيد لأنه لا شاهد «وإن له ، والظاهر أن البعث مترتب على الشقاق المحقق لا مجرد خشية الشقاق المجتمع مع عدم تحققه من جهة أن الحكمين مبعوثان للجمع أو التفريق ومع عدم تحقق الشقاق واقعا لا معنى للجمع .

ثم إنه وقع الكلام في أن المخاطب بالبعث الحاكم أو عدول المؤمنين أو الزوجين قديقال : المخاطب بالبعث الحكم المنصوبون لمثل ذلك وأنه المروي عن الباقر والصادق عليهما السلام وفي المرسل عن تفسير علي بن إبراهيم عن أمير المؤمنين عليه السلام «في رجل وامرأة في هذا الحال فبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها» . ويحوي عن مجمع البيان وكون المخاطب الزوجين مناف لاختلاف الضميرين بالفيبة والحضور والتثنية والجمع وليس المقام مقام الالتفات على أن المأمور بالبعث الخائف من شقاقهما وهو غيرهما إلا إنسان لا يبعث إلى نفسه ولا منافات بين كون الباعث الحاكم وبين اشتراطهما على الزوجين ما يريدان اشتراطه .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٦ والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٨ والفقيه باب الشقاق تحت رقم ٢.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٦ .

ويمكن أن يقال إن الالتفات غير عزيز والجمع يمكن أن يكون بالنظر إلى عموم الزوجين ، ويمكن أن يستظهر من موثق سماعة المتقدم وفيه « فقالا للرجل والمرأة أليس قد جعلتما أمركما إلينا - الخ » كون الحكمين منصوبين من قبل الزوجين . ويمكن الجمع بجواز النصب من قبل الحاكم ومن قبل الزوجين ولأمانع من نصب طرفي الاختلاف والشقاق شخصين بعنوان الحكيمية لدفع اختلافهما ، ثم إنه إذا استظهر أن المأمور بالبعث الزوجان فلا دليل على لزوم أو استحباب بعث الحاكم أنه لو استظهر أن المأمور الحاكم فلا دليل على لزوم أو استحباب بعث الزوجين إلا أن يثبت لزوم رفع الشقاق بالجمع أو التفريق ، ويشكل من جهة احتمال كون الشقاق في المقام كسائر المخاصمات الواقعة بين الناس حيث إنه لا دليل على لزوم فصل الخصومة بدون المراجعة إلى الحاكم .

وأما جواز بعث الحكمين من غير أهلها فلا يستفاد من الأدلة إن حمل الأدلة على وجوب البعث أو الاستحباب وإن حملت على الإرشاد إلى رفع الاختلاف فلا مانع منه كما في قوله : « واشهدوا إذا تباعتم » وقد يستدل على الوجوب بما يدل على أن الإمام عليه السلام يجبر المتخلف عن حكم الحكمين بعد التحكم على القبول ويعاقبه ويشكل لأنه يمكن أن يكون من قبيل ترافع المتخاصمين حيث إنه لا يجب مراجعتهما إلى الحاكم ومع الرجوع إليه وحكمه يجبر المحكوم عليه بالقبول وفي العبادات يستحب الحج لمن أتى بالحج الواجب ومع إحرامه للحج المندوب يجب عليه الاتمام ويحرم عليه الإفساد .

وهل البعث تحكيم أو توكيل ؟ قد يستظهر أنه تحكيم لأنه مقتضى تسميتهما حكمين في الكتاب والسنة ومقتضى خطاب غير الزوجين ببعثهما والوكيل مأذون ليس بحكم والمخاطب به الزوجان لا غيرهما ولأنهما إن رأيا الإصلاح فعلاه من غير استئذان ويلزم ما يشترطانه عليهما من السائق ولو كان توكيلاً لم يقع إلا ما دل عليه لفظهما .

ويمكن أن يقال : إن كان المخاطب بالبعث الزوجان كما يستظهر من موثق سماعة فلا نرى نمرة لهذا البحث لأنه بعد ما جعل الزوجين الأمر إلى الحكمين فكان ما يفعلان من الإصلاح والتفريق من طرف الزوجين ما شئت سم وإن كان المخاطب بالبعث

الحاكم فلا إشكال ظاهراً في أن التفريق لابد أن يكون بإذن الزوج في غير الخلع وفي الخلع بإذن الزوجين وفي غير التفريق أيضاً مقتضى بعض الأخبار كصحیح الحلبي المذكور استيمار الزوجين فلا أثر للبحث المذكور ومقتضى الأخبار المذكورة أنه مع اختلاف الحكمين لم يعض لهما حكم .

النظر الرابع في أحكام الاولاد ولد الزوجة الدائمة يلحق به مع الدخول ومضى ستة أشهر من حين الوطى ووضعه لمدة الحمل أو أقل وهي تسعة أشهر ، وقيل : عشرة أشهر ، وهو حسن ، وقيل : سنة وهو متروك ، فلو اعتزلها أو غاب عنها عشرة أشهر فولدت بعدها لم يلحق به ، ولو أنكر الدخول فالقول قوله مع يمينه ، ولو اعترف به ثم أنكر الولد لم ينتف عنه إلا باللعان ، ولو اتهمها بالفجور أو شاهد زناها لم يجز له نفيه ويلحق به الولد ولو نفاه لم ينتف إلا باللعان وكذا لو اختلفا في مدة الولادة .

إذا كان الولد ولد الزوجة الموطوءة بالنكاح الدائم يلحق بالزوج بلا خلاف ولا إشكال بشرط مضي أقل الحمل وعدم التجاوز عن أقصى مدته وإنما الإشكال في موضعين أحدهما في تعميم الدخول المعتبر في الإلحاق بمجرّد غيبوبة الحشفة في القبل وإن لم ينزل بل بمجرّد الوطى بالدبر ، وادّعى عدم الخلاف فيه .

وجه الإشكال أن اعتبار الدخول لا وجه له إلا كونه منشئاً لاحتمال كون الولد من ماء الزوج ومع ذلك كيف يمكن الحكم بالإلحاق بمجرّد الوطى في القبل مع العلم بعدم الإتيان فضلاً عن الوطى في الدبر غاية ما يوجه به هذا التعميم أن اعتبارهم الدخول في الإلحاق ليس لكونه منشئاً لاحتمال كون الولد من ماء الزوج بل لعدم تحقق الفراش الذي دلّ الحديث على أن الولد له إلا بالدخول ولو لم ينزل ، والحاصل أنه بعد تحقق الفراش بمجرّد الوطى ولو في الدبر لو احتمل كون الولد من ماء الزوج يحكم بالحقاق به فقاعدة الفراش قاعدة مضرورة لمقام الشك في كون الولد للزوج بعد تحقق الفراش فلو علم بعدم الإتيان لا بالوطى المحقق للفراش ولا بغيره لا يحكم بالإلحاق بمجرّد تحقق الفراش بمجرّد الوطى في القبل فضلاً عن الوطى في الدبر . ويدل عليه ما رواه في قرب الإسناد عن جعفر بن محمد ، عن علي بن الحسين قال : وجاء رجل إلى رسول الله

وَالْوَلَدُ قَالَ : كُنْتُ أُعْزَلُ عَنْ جَارِيَةٍ لِي فَجَاءَتْ بُولَدٌ ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : الْوَكَاءُ قَدْ يَنْفَلِتُ فَالْحَقُّ بِهِ الْوَلَدُ ^(١) ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ تَحَقُّقُ الْفَرَّاشِ بِمَجْرَدِ الْوَطْئِ كَافِيًا فِي إِلْحَاقِ الْوَلَدِ لَمْ يَكُنْ وَجْهٌ لِتَعْلِيلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِأَنَّ الْوَكَاءَ قَدْ يَنْفَلِتُ .

وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ : الْفَرَّاشُ فِي الْحَدِيثِ الْمَعْرُوفِ « الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْمَاعِزِ الْحَجَرِ » قِيلَ فِيهِ : أَيُّ لِمَالِكِ الْفَرَّاشِ وَهُوَ الزَّوْجُ أَوِ الْمَوْلَى وَالْمَحْكِيُّ عَنْ الْمَصْبَاحِ الْمُنِيرِ قَوْلُهُ « الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ » أَيُّ الزَّوْجِ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ يُسَمَّى فَرَّاشًا لِلْآخَرِ كَمَا سَمِيَ كُلُّ وَاحِدٍ لِبِاسِ الْآخَرِ أَنْتَهَى . فَعَلَى هَذَا لَاحَاجَةٌ فِي تَحَقُّقِ الْفَرَّاشِ إِلَى الدُّخُولِ وَمِنْ الْمَعْلُومِ أَنَّ إِلْحَاقَ الْوَلَدِ إِلَى الزَّوْجِ حَكْمٌ ظَاهِرٌ فَمَعَ الْقَطْعُ بِالْخِلَافِ كَيْفَ يَحْكُمُ بِهِ فَلَا بَدَّ مِنَ التَّقْيِيدِ بِصُورَةِ الْإِحْتِمَالِ كَمَا يُسْتَفَادُ مِنَ الْخَبَرِ الْمَذْكُورِ .

ثَانِيهِمَا فِي تَحْدِيدِ أَقْصَى مَدَّةِ الْحَمْلِ فَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِيهِ فَذَهَبَ الْمَشْهُورُ إِلَى أَنَّهُ تِسْعَةُ أَشْهُرٍ ، وَمَالَ الشَّيْخُ فِي الْمَبْسُوطِ وَالْمُحَقِّقُ فِي الشَّرَائِعِ إِلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَشْهُرٍ وَذَهَبَ جِهَادُهُ إِلَى أَنَّهُ سَنَةٌ وَمِنْ شَأْنِ الْخِلَافِ اخْتِلَافُ الْأَخْبَارِ فَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى الْأَوَّلِ مَرْسَلَةُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَيَابَةَ عَمَّنْ حَدَّثَهُ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ : « سَأَلْتُهُ عَنْ غَايَةِ الْحَمْلِ بِالْوَلَدِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ كَمْ هُوَ فَإِنَّ النَّاسَ يَقُولُونَ : رُبَّمَا بَقِيَ فِي بَطْنِهَا سَتَيْنِ ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : كَذَبُوا أَقْصَى مَدَّةَ الْحَمْلِ تِسْعَةُ أَشْهُرٍ لَا يَزِيدُ لِحِظَةِ وَلَوْ زَادَ سَاعَةً تَقْتُلُ أُمُّهُ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ ^(٢) ، وَهِيَ صَرِيحَةٌ فِي التَّسْعَةِ .

وَاسْتَدْلُّ لَهُ أَيْضًا بِمَا رَوَاهُ فِي رَوْضَةِ الْكَافِي عَنْ أَبَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ : « إِنْ مَرِيْمُ عَلَيْهِ السَّلَامُ حَمَلَتْ بِعِيسَى عَلَى نَبِيِّنَا وَآلِهِ وَعَلَيْهِ السَّلَامُ تِسْعَ سَاعَاتٍ كُلِّ سَاعَةٍ شَهْرٌ ^(٣) » . وَصَحِيحُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحُجَّاجِ قَالَ : « سَمِعْتُ أَبَا إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ : إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فَادَّعَتْ حَبْلًا أَنْتَظَرُ بِهَا تِسْعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ وَلَدَتْ وَإِلَّا اعْتَدَّتْ بِثَلَاثَةِ

(١) المصدر ص ٦٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٥٢ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٨١ و ٢٩٥ .

(٣) الروضة ص ٣٣٢ .

أشهر ، ثم قد بان منه ^(١) ، .

وخبر محمد بن حكيم ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : « قلت له : المرأة الشابة تحيض مثلها يطلقها زوجها فيرتفع طمثها كم عدتها ؟ قال عليه السلام : ثلاثة أشهر ، قلت : فإنها ادعت الحمل بعد ثلاثة أشهر ؟ قال : عدتها تسعة أشهر ، قلت : فإنها ادعت الحمل بعد تسعة أشهر ؟ قال : إنما الحمل تسعة أشهر ، قلت : تتزوج ؟ قال : تحتاط ثلاثة أشهر ، قلت : فإنها ادعت بعد ثلاثة أشهر ؟ قال : لا ريب عليها تزوجت إن شئت ^(٢) .

وخبره الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام أو أبي الحسن عليه السلام قال : « قلت : له رجل طلق امرأته فلما مضت ثلاثة أشهر ادعت حبلاً قال : ينتظر بها تسعة أشهر ، قال : قلت : فإنها ادعت بعد ذلك حبلاً ؟ قال عليه السلام : هيهات هيهات إنما يرتفع الطمث من ضربين إما حبلى بين وإما فساد في الطمث ولكنها تحتاط بثلاثة أشهر بعد ^(٣) ، .

وخبره الآخر عن العبد الصالح عليه السلام قال : « قلت له : المرأة الشابة التي تحيض مثلها يطلقها زوجها فيرتفع طمثها ما عدتها ؟ قال : ثلاثة أشهر ، قلت : فإنها تزوجت بعد ثلاثة أشهر فتبين بها بعد ما دخلت على زوجها أنها حامل ؟ قال : هيهات من ذلك يا ابن حكيم رفع الطمث ضربان إما فساد من حيضة فقد حل لها الأزواج وليس بحامل وإما حامل فهو تستبين في ثلاثة أشهر لأن الله عز وجل قد جعله وقتاً يستبين فيه الحمل قال : قلت : فإنها ارتابت ؟ قال : عدتها تسعة أشهر ، قال : قلت : فإنها ارتابت بعد تسعة أشهر ؟ قال : إنما الحمل تسعة أشهر قلت : فتزوج قال : تحتاط بثلاثة أشهر ، قلت : فإنها ارتابت بعد ثلاثة أشهر ؟ قال : ليس عليها ريب تزوج ^(٤) ، .

ونوفس في دلالة الأخبار المذكورة أما ما رواه في روضة الكافي فلا أنه ليس في مقام بيان الحكم أصلاً . وأما صحيح ابن الحجّاج وروايات محمد بن حكيم فلبداهة أن

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠١

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠١ .

(٣) و (٤) المصدر ج ٦ ص ١٠٢ .

المبدء لتسعة أشهر التي أمر في تلك الروايات باعتداد المسترابة بها هو يوم الطلاق ضرورة أن التسعة عدّة الطلاق فلا يمكن أن يكون مبدء قبله ومن المعلوم أن الطلاق حيث يكون صحّة مشروطه بوقوعه في طهر لم يواقعها فيه فلامحالة يتأخر عن الحمل بالحیضة الواقعة بين الطهر الذي واقعها فيه فصارت حاملاً و بين طهر الذي طلقها فيه ولازم ذلك أن يزيد مدّة الحمل على تسعة أشهر بمقدار تلك الحيضة المتوسطة بين الطهرين هذا امضافاً إلى أن أمره عليه السلام لها بالاحتياط ثلاثة أشهر بعد قوله الحمل تسعة أشهر و قول السائل : فإنّها ارتابت بعد التسعة ظاهر بل صريح في أن الاعتداد بثلاثة أشهر بعد التسعة إنما هو لاحتمال الحمل لأنه اعتداد تعبدي وإلا لم يصح التعبير عنه بالاحتياط فالمتعين جعل هذه الروايات من أدلة القول بالسنة ولا ينافي حصره عليه السلام الحمل في تسعة بقوله : «إنما الحمل تسعة أشهر» لا يمكن حمله على الغالب .

ويمكن أن يقال : ليس في صحيح ابن الحجاج الاعتداد تسعة أشهر حتى يقال مبدئها يوم الطلاق بل فيه بعد ادعاء المرأة الحمل انتظر بها تسعة أشهر والأظهر أن يكون مبدء تسعة أشهر موافقة الزوج فإن الطلاق يمكن أن يكون واقعاً بعد طهرها من الحيضة بلا فصل أو مع الفصل بمدّة قصيرة أو الفصل بمدّة لا تزيد عن ثلاثة أشهر فإن كان النظر إلى زمان الطلاق يلزم أن لا يكون لأقصى الحمل حدّ معين لاختلاف وقت الطلاق .

وأما خبر محمد بن حكيم فما فيه من قوله عليه السلام على المحكي «عدّها تسعة أشهر» فليس محمولاً على ظاهره لأن المطلقة إن كانت ذات إقراء تكون عدّها على المشهور ثلاثة أقراء والقرء بمعنى الطهر وإن كانت ذات أشهر لا ترى الدّم فعدّها ثلاثة أشهر وإن كانت حاملاً فمقتضى عدّها بوضع الحمل ولو بعد ساعة فتسعة أشهر بالخصوص ليست عدّة ، نعم القائل بأن أقصى الحمل تسعة أشهر يقول بأن هذه المدّة مدّة الحمل وإلا فالعدّة التي يكون مبدئها من حين الطلاق ليست تسعة أشهر .

وما ذكر من الاستظهار من قوله عليه السلام على المحكي «تحتاط بثلاثة أشهر» لازمه أن يزيد أقصى الحمل عن السنة لأنه إن كان تسعة أشهر من زمان وقوع الطلاق وثلاثة

أشهر بعدها يزيد عليها مضي زمان يصح بعده الطلاق حتى يكون الطلاق واقعاً في طهر لم يواقع فيه .

ومما يدل على القول الثالث ما رواه في الكافي والتهذيب عن محمد بن حكيم عن أبي إبراهيم أو أبيه عليه السلام أنه قال له : « المطلق يطلقها زوجها فيقول : أنا حبلى فتمكث سنة . فقال عليه السلام : إن جاءت به لا أكثر من سنة لم تصدق ولو ساعة واحدة في دعواها ^(١) ، فإنه يدل بمفهومه على أنها تصدق فيما إذا جاءت به إلى سنة .

ويمكن أن يقال : يشكل الاستدلال بهما لما يستظهر من الأخبار المتقدمة أن مبدء تسعة أشهر زمان وقوع الطلاق لازمان الواقعة المتقدمة حيث إنه على هذا يلزم في هذا الخبر أن يكون المبدء زمان وقوع الطلاق بعد الواقعة فيزيد على السنة ولا مجال للحمل على طلاق الحامل لعدم صدق الحمل بمجرّد الواقعة ، مضافاً إلى أنه قد يستظهر من بعض الأدلة لزوم استبانة الحمل .

وثانياً نقول : يشكل تصديق المرأة بآداء كون الولد من زوجها بمجرّد إمكانه من جهة ندرة طول الحمل سنة والشاهد على هذا أنه يظهر من بعض الأخبار أنه إذا ادّعت المرأة انقضاء عدتها في مدّة أمكن انقضاء العدّة فيها نادراً عدم تصديقها بمجرّد الدعوى بل يلزم تفتيش حالها .

فتلخص ممّا ذكر أنه مع حجّية خبر محمد بن حكيم تقع المعارضة بين الأخبار السابقة وهذا الخبر ولا يبعد حمل الأخبار السابقة على الغلبة لبعد حملها على الحدّ الذي لا يزيد عليه كسائر الحدود وكيف تحمل على عدم الزيادة عن تسعة أشهر أو يومين أو نصف يوم وعلى هذا لا مانع من البلوغ إلى السنة نادراً . وأمّا البلوغ إلى عشرة أشهر فلم نثر على خبر يدل عليه إلا أن المحكي عن ابن حمزة - رحمه الله عليه - أكثر مدّة الحمل فيه روايات ثلاثة تسعة أشهر وعشرة وسنة . ثم إن ظاهر الكلمات لحقوق الولد مع عدم انقضاء أقصى مدّة الحمل وعدم اللّحوق مع التجاوز و ربما يقع الإشكال

في صورة الندة مع الإمكان لما ذكر آنفاً ولو أنكر الدخول فالمعروف أن القول قول الزوج للأصل وقد يقال : يشكل لحقوق الولد من جهة أن التمسك بإطلاق قوله بأنه «الولد للفراش - إلى آخر» بعد تقييده بما دل على اعتبار الشروط الثلاثة في الإلحاق يكون تمسكاً به مع الشك في المصداق ، ولكن يمكن أن يقال : باللحوق مع الشك أيضاً وذلك لا يمكن أن يقال : إن النصوص المحددة لأقل مدة الحمل وأقصاها لما كانت في مقام ضرب القاعدة لما إذا شك في الإلحاق من جهة احتمال الفجور ولم تكن متكفلة لحكم ما إذا كان الشك في الإلحاق من جهة الشك في انقضاء أقل مدة الحمل أو أقصاها لعدم إمكان تعرض الحكم لحال موضوعه أسس بأنه بقوله «الولد للفراش» قاعدة أخرى في طول القاعدة المستفادة من النصوص المحددة لمدة الحمل قلة وكثرة فلا يمكن أن تكون تلك النصوص مقيّدة لإطلاق الولد للفراش كي لا يصح التمسك بإطلاقه عند الشك في انقضاء أقل مدة الحمل أو أقصاها ويؤيد ذلك أنه لو كانت تلك النصوص في مقام تقييد إطلاق «الولد للفراش» ولم تكن قاعدة مستقلة للزم لغوية قاعدة «الولد للفراش» أو كونها قليل المورد ضرورة أن مع تحقق الشروط الثلاثة يكفي تلك النصوص للحكم بالإلحاق ولا تحتاج معه إلى التمسك بقاعدة الفراش كما لا يصح التمسك بتلك النصوص إلا فيما كان هناك أصل موضوعي كما إذا كان الشك في انقضاء أقصى مدة الحمل فإن استصحاب عدم انقضاء مدته يحرز الشرط فيحكم باللحوق بمقتضى قاعدة الفراش وهذا بخلاف ما إذا كان الشك في الدخول أو في انقضاء أقل مدة الحمل ، فإن مقتضى استصحاب عدم الدخول وعدم الانقضاء هو عدم تحقق الشرط ومعه لا مجال للحكم باللحوق بمقتضى قاعدة الفراش بعد تقييد إطلاقها بما دل على اعتبار الشروط الثلاثة في الإلحاق كما هو واضح .

ويمكن أن يقال الأخبار المذكورة متعرّضة لصورة الشك في الحمل والقاعدة متعرّضة للشك في أن الولد للزوج فسواء قلنا بأن قاعدة الفراش مقيّد بالدخول أو لم نقل لا يلزم اللغوية لكن لا دليل على التقييد حيث تكون القاعدة متعرّضة للحكم الظاهري بقرينة قوله بأنه «وللعاهر الحبر» والتعرض للحكم الظاهري لا يقيّد بالقيود الراجعة

إلى الحكم الواقعي بل ليس التقييد بالدخول قيداً بل من جهة عدم تكون الولادة بدون الدخول أو ما يقوم مقامه من جذب الرحم الماء ، نعم لو أخذ الدخول في مفهوم الفراش حيث يفرش الزوج زوجته فلا بد من إحراز الدخول وهذا ليس من التقييد حتى يكون الأخذ بالقاعدة مع الشك من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية وقد سبق كلام بعض اللغويين فبعضهم قال : معنى « الولد للفراش » الولد لمالك الفراش من الزوج أو المولى ، وبعضهم قال « كل من الزوج والزوجة فراش للآخر كما أن كلاً منهما لباس للآخر » فعلى هذا يكون القول قول الزوجة في لحوق الولد سواء كان مصب الدخول كون الولد للزوج أو كان مصبها الدخول وليس المقام من قبيل دعوى ذي اليد ملكية شيء يكون في يده حيث يفصل بين صورة عدم ذكر منشأ الملكية بالقول قوله وبين ذكر المنشأ كن يقول لطفه اشتريت منك فالقول قول الطرف وينقلب ذو اليد مدعياً لأن الظاهر أن ذا اليد حينئذ تسقط يده عن الاعتبار فتأمل .

وجه التأمل أن لازم سقوط اليد عن الاعتبار عدم جواز اشتراء ما في يده بمجرّد ذكره منشأ يده لسقوط يده عن الاعتبار والظاهر أن بناء العقلاء على خلافه بل تكون يده أمانة الملكية وليس حاله حال غير ذي اليد ، وفي مقامنا لا يسقط قاعدة الفراش عن الاعتبار بدعوى الزوج بالدخول لا اعتبار القاعدة معها .

ولو اعترف الزوج بالدخول ثم أنكر الولد لم ينتف عنه الولد إلا باللعان لعموم قاعدة « الولد للفراش وللأب الحبر » ولو اتهمها بالفجور أو شاهد زناها لم يجزله فيه ويلحق به الولد للقاعدة المذكورة . ولو نفاه لم ينتف عنه إلا باللعان كما سيأتي في محله إن شاء الله تعالى .

ولو اختلفا في مدّة الولادة بعد الاتفاق بالدخول فمقتضى القاعدة المذكورة لحوق الولد بالقول قول من يوافق قوله هذه القاعدة لتقدم القاعدة على الأصل في طرف أقل مدّة الحمل أو أقصاها .

ولو زنى بامرأة فأحبلها لم يجز إلحاقه به ، وإن تزوّج بها وكذا لو أحبل أمة غيره بزنى ثم ملكها ولو طلق زوجته فاعتدت وتزوّجت غيره وأنت بولد لدون سنة

أشهر فهو للأوّل ولو كان لسنة فصاعداً فهو للأخير ، ولو لم تزوج فهو للأوّل مالم يتجاوز أقصى الحمل وكذا الحكم في الأمة لو باعها بعد الوطى .

أما صورة الزّنا بامرأة وإحبالها بالزّنى فلا يجوز فيها إلحاق الولد لقوله ﷺ
على المحكمي : « وللعاهر الحجر » ونجدد الفراش لا يوجب إلحاقه به كما هو واضح وكذا الكلام في صورة إحبال الأمة بالزّنى والتملك بعده ولو طلق زوجته فاعتدت وتزوجت غيره وأنت بولد دون ستة أشهر فهو للأوّل ولو كان لسنة فصاعداً فهو للأخير ويدل عليه خبر زرارة « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل إذا طلق امرأته ، ثم نكحت وقد اعتدت ووضع لخمسة أشهر فهو للأوّل وإن كان ولد أنقص من ستة أشهر فلاّمه ولا يبه الأوّل وإن ولدت لسنة أشهر فهو للأخير ^(١) » .

ومرسل جميل عن أحدهما عليه السلام « في المرأة تزوج في عدتها قال : يفرق بينهما وتعدّ عدة واحدة منهما جميعاً وإن جاءت بولد لسنة أشهر أو أكثر فهو للأخير وإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فهو للأوّل ^(٢) » .

وفي خبر أبي العباس قال : « إذا جاءت بولد لسنة أشهر فهو للأخير وإن كان أقل من ستة أشهر فهو للأوّل ^(٣) » .

وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « إن كان للرجل منكم الجارية يطاها فيعتقها فاعتدت ونكحت ، فإن وضعت لخمسة أشهر كان من مولاها الذي أعتقها وإن وضعت بعد ما تزوجت لسنة أشهر فإنه لزوجها الأخير ^(٤) » .

ومن هذا الصحيح ظهر حكم الولد الذي جاءت به الأمة بعد الاعتداد والنكاح . ولو باع الأمة بعد الوطى فأنت بولد فإن كان الولد لأقل من ستة أشهر عند المشتري تبين أنه من البايع ويكون البيع باطلاً لظهور كونها أم ولد ولم تخرج عن فراش المولى البايع ومقتضى قاعدة « الولد للفراش » كون الولد له وأما لو ولدت لأكثر من سنة فهو للمشتري والبيع صحيح .

(١) (٢) (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٣ و ٢٩٤ .

(٤) الكافي ج ٥ ٢٩١ والتهذيب ج ٢ ص ٢٩٤ .

ويقع الإشكال في صورة إمكان كون الولد من كلٍّ من البايع والمشتري حيث أمكن أن يكون متولداً من البايع فيكون بيع الأمة باطلاً لكونها أمٌ ولد ، و أمكن أن يكون متولداً من المشتري والأخبار المذكورة غير شاملة لصورة البيع إلا خبر أبي العباس لكنه لم يظهر منه مرجع الضمير هو الحرية أو الأمة .

وولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى و يلزمه الإقرار به ، لكن لو نفاه انتفى ظاهراً ولا يثبت بينهما لعان ، ولو اعترف به بعد النفي ألحق به ، وفي حكمه ولد الممتعة ، وكل من أقر بولد ثم نفاه لم يقبل نفيه ، ولو وطئها المولى وأجنبي حكم به للمولى فإن حصل له أماره يغلب معها الظن أنه ليس منه لم يجز له إلحاقه ولا نفيه بل يستحب أن يوصى له بشيء ولا يورثه ميراث الأولاد .

أما لحوق الولد بالمولى مع الوطئ فالظاهر عدم الخلاف فيه ويدل عليه صحيح سعيد بن يسار قال : « سأل الكاظم عليه السلام عن الجارية تكون للرجل يطيف بها وهي تخرج فتعلق ؟ قال : يتهمه الرجل أو يتهمها أهله ، قلت : أما تهمة ظاهرة فلا ، قال : إذا لزمه الولد ^(١) ، وسأل الصادق عليه السلام في حديث آخر « عن رجل وقع على جارية له تذهب وتجيء وقد عزل عنها ولم يكن منها إليها شيء فما تقول في الولد ؟ قال : أن لا يباع هذا ياسعيد ، قال : وسألت أبا الحسن عليه السلام قال : أيتهمها ؟ قلت : أما تهمة ظاهرة فلا ، قال : فيتهمها أهلك ؟ فقلت : أما شيء ظاهر فلا ، فقال : فكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد ^(٢) .

ولا يخفى أنه مع الاتهام لا يستفاد ممّا ذكر اللّٰهوق ولزوم الولد به ، فقاعدة الفرائش بشكل التمسك بها مع احتمال أن يكون المراد من الفرائش الزوج .
وربما يستفاد ممّا ذكر عدم لزوم لحوق الولد مع التهمة الظاهرة بالنسبة إلى الأمة لكنه لا يستفاد جواز النفي والانفء ظاهراً بنفي المولى بقول مطلق ولادليل عليه ظاهراً إلا الإجماع المذكور في كلمات الأعلام .

وأما عدم اللعان فلاختصاص اللعان بالزوجة ولو اعترف بالولد بعد النفي ألحق به لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» لكنه مع النفي السابق يشكل ترتب بعض الآثار مثل أن يرث من الولد المنفي حيث إنه اعترف بأنه ليس ولده فكيف يرث منه نعم بمقتضى اعترافه بعد النفي يرث الولد منه ولأما مع من التفكيك بين الآثار .

وفي حكم ولد الأمة ولد المتعة فلا إشكال في اللّٰهوق ولزوم الاعتراف مع الدخول وعدم العلم بانتفائه عنه وكذا لا إشكال في أنه إذا اعترف به لا يجوز له النفي ويبدل على اللّٰهوق ولزوم الاعتراف به قاعدة «الولد للفراش» وعدم الانتفاء مع الإقرار قاعدة «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» وأما انتفاء الولد مع النفي فادعى عليه الإجماع وقد يستشكل في تحقق الإجماع لدعوى الشهرة في موضع من الرّوضة وذكر خلاف المرتضى - قدس سره - .

ويمكن التمسك لعدم الانتفاء بالنفي بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث في المتعة قال : «قلت : أرأيت إن حملت قال : هو ولده»^(١) ، فإن ظاهره لحوق الولد سواء نفى أولم ينف .

وفي صحيفة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال : «سأل رجل الرضا عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة متعة ويشرط عليها أن لا يطلب ولدها وتأتي بعد ذلك بولد فينكر الولد فشدّ في ذلك فقال : يجحد وكيف يجحد إعظاماً لقولك قال : فإن اتهمها قال : لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مأمونة»^(٢) .

وكل من أقر بولد فليس له نفيه لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» وتدل عليه الأخبار منها ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : أيما رجل أقر بولد ثم انتفى منه فليس له ذلك ولا كرامة ، يلحق به ولده من امرأته أو وليدته»^(٣) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٩١ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ١٦٣ و التهذيب ج ٢ ص ١٩١ والاستبصار ج ٤ ص ١٨٥ .

وما رواه في الكافي عن سعد بن سعد في الصحيح قال : « سألت - يعني أبا الحسن الرضا عليه السلام - عن رجل كان له ابن يدعيه فنفاه وأخرجه من الميراث وأنا وصيته فكيف أصنع ؟ فقال : لزمه الولد بإقراره بالمشهد ، لا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه ^(١) » .

وإن وطأ الأمة المولى وأجنبى حكم بالولد للمولى ويدل عليه خبر سعيد الأعرج « سئل الصادق عليه السلام عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد ؟ قال : للذي عنده الجارية لقول رسول الله ﷺ : الولد للفراش وللعاهر الحجر ^(٢) » .

ويستفاد من هذا الخبر عدم الاختصاص بالزوج بل يشمل المولى .

ولو حصل أمانة يغلب معها الظن بأن الولد ليس له فالمنسوب إلى المشهور أنه ليس له إلحاقه به ولانفيه بل ينبغي له أن يوصى له بشيء وذكر في المقام نصوص .

منها خبر ابن عجلان « أن رجلاً من الأنصار أتى أبا جعفر عليه السلام فقال : قد ابتليت بأمر عظيم إنني قد وقعت على جاريته ثم خرجت في بعض حوائجي فانصرفت إلى الطريق فأصبت غلاماً بين رجلي الجارية فاعتزلتها فحملت ، ثم وضعت جارية لعدّة تسعة أشهر فقال له أبو جعفر عليه السلام : إحبس الجارية فلا تبعها وأنفق عليها حتى تموت أو يجعل الله لها مخرجاً ، فإن حدث بك حدث فأوص أن ينفق عليها من مالك حتى يجعل الله لها مخرجاً ^(٣) » .

ونحوه خبر عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام « أن رجلاً من الأنصار أتى أبي - الحديث ^(٤) » .

لكن فيه مضافاً إلى ذلك « فقال له أبي : لا ينبغي لك أن تقر بها ولا أن تبيعها » .

وخبر حريز عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل كان يطأ جارية له وأنه كان يبعثها

(١) المصدر ج ٥ ص ٢٨٨ و ج ٧ ص ٦٢ . الاستبصار ج ٢ ص ١٣٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٩١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٧ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٨٩ و ج ٧ ص ١٦٥ . و الفقيه باب ميراث الولد

المشكوك فيه .

في حوائجها وأنها حملت وأنه بلغه عنها فساد؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام : إذا ولدت أمسك الولد ولا تبعه ، ولا تجعل له نصيباً من دارك ، قال : فقيل له : رجل يطأ جاريته وأنه لم يكن يبعثها في حوائجها وأنه اتهمها وحملت؟ فقال : إذا هي ولدت أمسك الولد ولا يبعه ويجعل له نصيباً من داره وماله وليس هذه مثل تلك ^(١) .

وخبر عبدالحميد بن إسماعيل الذي رواه المشايخ الثلاثة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له جارية يطأها وهي تخرج فحبلت فخشي أن لا تكون منه كيف يصنع أبيع الجارية والولد؟ قال : يبيع الجارية ولا يبيع الولد ولا يورثه من ميراثه شيئاً ^(٢) .

وخبر محمد بن إسماعيل الخطّاب وكتب إليه يسأله عن ابن عمٍّ له كانت له جارية تخدمه وكان يطأها فدخل يوماً منزله فأصاب معها رجلاً تحدّثه فاستراب بها فهدّد الجارية فأقرّت أن الرّجل فجر بها ، ثمّ إنّها حبلت فأنت بولد؟ فكتب : إن كان الولد لك أو منه مشابهة فيك (منك خل) فلا تبعهما فإنّ ذلك لا يحلّ لك ، وإن كان الابن ليس منك ولا فيه مشابهة منك فبعه وبيع أمّه ^(٣) .

وخبر يعقوب بن يزيد وكتبته إلى أبي الحسن عليه السلام : في هذا العسر رجل وقع على جارية ، ثمّ شكّ في ولده؟ فكتب إن كان فيه مشابهة منه فهو ولده ^(٤) .

ولا يخفى الاشكال في الأخذ بها مع المخالفة لقاعدة «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولا يظهر من هذه الأخبار اعتبار أمانة يغلب معها الظنّ بأنّ الولد ليس له ، ويستفاد من بعض الأخبار أنّه قد يخرج الولد على غاية البعد عن الأب في اللون ونحوه مثل ما رواه في الكافي ، عن عبدالله بن سنان ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : «أنتى رجل من الأنصار رسول الله صلى الله عليه وآله فقال : هذه ابنة عمّي وامرأني لا أعلم إلاّ خيراً وقد أتني بولد شديد السواد منتشر المنخرين جعد قطط أفضس الأنف لا أعرف شبهه في أحوالي ولا في أجدادي

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٩ و ج ٧ ص ١٦٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٨٩ و التهذيب ج ٢ ص ٢٩٧ والفقيه باب ميراث الولد المشكوك .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٧ .

فقال لامرأته : ما تقولين ؟ قال : والذي بعثك بالحق نبياً ما أقعدت مقعده مني منذ ملكني أحد غيره ، قال : فنكس رسول الله ﷺ رأسه ملياً ثم رفع بصره إلى السماء ثم أقبل على الرجل فقال : يا هذا إنه ليس من أحد إلا بينه وبين آدم تسعة و تسعون عرقاً كلها تضرب في النسب فإن وقعت النطفة في الرحم اضطربت تلك العروق تسأل الله الشبه لها فهذا من تلك العروق التي لم يدركها أجدادك ولا أجداد أجدادك ، خذ إليك ابنك ، فقالت المرأة : فرجعت عني يا رسول الله (٣) .

ومارواه في الكافي عن ابن مسكان ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن رجلاً أتى بامرأة إلى عمر فقال : إن امرأتى هذه سوداء وأنا أسود ، وإنها ولدت غلاماً أبيض ، فقال لمن بحضرته : ماترون ؟ فقالوا : نرى أن ترجمها فإنها سوداء وزوجها أسود وولدها أبيض ، قال : فجاء أمير المؤمنين عليه السلام وقد وجه بها لترجم فقال : ما حالكما فحدثناه فقال للأسود : أنتهم امرأتك ؟ فقال : لا ، قال : فأيتها وهي طامث ؟ قال : قد قالت لي في ليلة من الليالي إنني طامث فظننت أنها تتقي البرد ، فوقعت عليها فقال للمرأة : هل أنك وأنت طامث ؟ قالت : نعم سله قد حرّجت عليه وأبيت ، قال : فانطلقا فإنه ابنكما وإنما غلب الدّم النطفة فايض ؟ ولو قد تحرّك أسود فلما أبيض أسود (٤) . »

وروى الصدوق في الفقيه مرسلًا قال : قال النبي ﷺ : « من نعم الله على الرجل أن يشبه ولده . قال الصادق عليه السلام : إن الله إذا أراد أن يخلق خلقاً جمع كل صورة بينه وبين آدم ، ثم خلقه على صورة إحداهن فلا يقولن أحدكم لولده هذا لا يشبهني ولا يشبه شيئاً من آبائي (٥) . »

ولو وطئها البايع والمشتري فالولد للمشتري إلا أن يقصر الزمان عن ستة أشهر ، ولو وطئها المشتري فولدت وتداعوه أفرع بينهم وألحق بمن يخرج اسمه ويغرم حصص الباقي من قيمته وقيمة أمه ، ولا يجوز نفي الولد لمكان العزل ولا مع التهمة بالزنا

(١) المصدر ج ٥ ص ٥٦١ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٥٦٦ .

(٣) الفقيه باب فضل الاولاد تحت رقم ٢٣ و ٢٢ .

والموطوءة بالشبهة يلحق ولدها بالوطني ، ولوتزوج امرأة لظنه خلوتها من بعل فبات محصنة ردت على الأول بعد الاعتداد من الثاني وكانت الأولاد للوطني مع الشرائط .
 أما لحوق الولد بالمشتري مع وطني البايع والمشتري فيدل عليه مارواه المشايخ الثلاثة - رحمهم الله تعالى - عن الصيقل ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سمعته يقول وسئل عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها قال : بش ما صنع يستغفر الله ولا يعود ، قلت : فإنه باعها من آخر ولم يستبرئ رحمها ، ثم باعها الثاني من رجل آخر فوقع عليها ولم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث ؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام : « الولد للفراش وللعاهر الحجر ^(١) » .

رواه الشيخ في التهذيب بسند آخر عن الصيقل قال : « سئل أبو عبدالله عليه السلام وذكر مثله إلا أنه قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : الولد للذي عنده الجارية وليصبر لقول رسول الله ﷺ : الولد للفراش وللعاهر الحجر ^(٢) » .

والمستفاد من الخبرين صدق الفراش في المقام ولا بد من التقييد بعدم قصور الزمان عن سنة أشهر ولو وطئه المشتركون فيها ولا ريب في أنهم فعلوا محرماً ما لعدم جواز الوطني لأحد من الشركاء بدون إذن ساير الشركاء إلا أن الولد لاحق بهم بمعنى أنه يختص بأحدهم فالواجب القرعة في تعيين الأب ويدل عليه مارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا وقع الحر والعبد والمشارك بامرأة في طهر واحد فادعوا الولد أقرع بينهم فكان الولد للذي يخرج سهمه ^(٣) » .

وما رواه في الكافي والفقيه عن العاصم بن حميد عن أبي بصير في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال : « بعث رسول الله ﷺ علياً عليه السلام إلى اليمن فقال له حين قدم : حدثني بأعجب ماورد عليك ؟ قال : يا رسول الله أتاني قوم قد تباعوا جارية فوطئوها

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩١ والتهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ والاستبصار ج ٣ ص ٣٦٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ والتهذيب ج ٢ ص ٧٢ .

جميعاً في طهر واحد فولدت غلاماً فاختلفوا فيه كلهم يدّعيه فأسهمت بينهم وجعلته للذي خرج سهمه وضمنته نصيبهم ، فقال النبي ﷺ : إنه ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله تعالى إلا خرج سهم المحق^(١) .

ورواه الشيخ عن عاصم بن حميد عن أبي جعفر عليه السلام مثله^(٢) .

ومارواه في التهذيب عن معاوية بن عمار في الصحيح والصدوق عنه في الضعيف عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا وطئ رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت فادّعوه جميعاً أقرع الوالي بينهم لمن قرع كان الولد له ويرد قيمة الولد على صاحب الجارية - الحديث^(٣) » .

واستشكل في المقام بأنه مع ادّعاء كلٍّ من الشركاء أن الولد له كيف يأخذ الغرامة ممن خرج القرعة باسمه حيث إنه يعترف بأنه لا يستحق شيئاً من باقي الشركاء والولد له وكذا بالنسبة إلى الأم حيث إن الأم يصير أم ولد له ، ولا يجوز بيعها فلا بد من الضمان لباقي الشركاء .

ويمكن أن يقال : لانسلم جواز الإقرار حتى مع ثبوت خلاف المقر به كمالو قطع تفصيلاً بأن الإقرار على خلاف الواقع وإن كان المسلم بينهم نفونه مع العلم الإجمالي بالمخالفة للواقع كما لو أقرّ لزيد بعين ثم أقرّ بها لعمر وحيث يحكمون برد العين إلى زيد ورد المثل أو القيمة إلى عمرو وفيه بحث ليس هنا محلّه ففي المقام إذا ثبتت بالقرعة أن دعوى غير من خرج القرعة باسمه باطلة بحكم الشرع كيف يؤخذ المقرّ بإقراره ؟ هذا لو بنينا على حفظ القواعد وإلا فلأمانع من تخصيصها بالدليل مع ورود النص ثم إن ظاهر الكلمات أنه مع خروج القرعة باسم أحد الشركاء يحكم بأن الولد له وتكون الأم أم ولد له ومع تعرض الأخبار لخصوص الولد دون الأم يشكّل ما ذكر لأنّه مبني على

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩١ والفقير باب الحكم بالقرعة تحت رقم ١١ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٧٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ب ٢٩٢ .

كون القرعة أمانة حتى يثبت اللوازم وإن كانت بمنزلة الأصل لا يثبت به اللوازم .
 و أما عدم جواز نفي الولد لمكان العزل فادعى عليه الإجماع وقد سبق الكلام فيه وأنه
 مع احتمال كون الولد من مائه وكذا لا يجوز نفي الولد مع التهمة بالزنا لما سبق . وأما
 لحوق ولد الموطوءة بالشبهة بالواطى كما في النكاح الصحيح فيدل عليه جملة من الأخبار .
 منها صحيحة بهيل بن دراج في المرأة تزوج في عدتها قال : يفرق بينهما وتعد عدة
 واحدة منهما فإن جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر فهو للأخير وإن جاءت بولد في أقل من ستة
 أشهر فهو للأول^(١) ، هكذا في الفقيه ورواه الكليني والشيخ في الضعيف عن بهيل عن بعض
 أصحابه عن أحدهما عليه السلام في المرأة - النخ .

ومارواه في الكافي عن زرارة في الموثق قال : سألت أبا جعفر عليه السلام - إلى أن قال -
 قلت : فإن تزوج امرأة ثم تزوج أمها وهو لا يعلم أنها أمها ؟ قال : قد وضع الله تعالى
 عنه بجهالة لذلك ، ثم قال : إذا علم أنها أمها فلا يقربها ولا يقرب البنت حتى تنقضي
 عدة الأم منه ، فإذا انقضت عدة الأم حل له نكاح البنت ، قلت : فإن جاءت الأم
 بولد ؟ قال : هو ولده وأخ أمرته^(٢) .

ولو تزوج امرأة لظنته خلوة ما عن بعل فبانت محصنة ردت على الأول بعد الاعتداد
 من الثاني أما الرّد على الأول فلعدم خروجها عن الزوجية للأول وفي الخبر إذا
 نعى الرجل إلى أهله أو خبروها أنه طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الأول بعد
 فإن الأول أحق بها من هذا الآخر ، دخل بها الأول أو لم يدخل وليس للآخر أن
 يتزوجها أبداً ، ولها المهر من الأخير بما استحل من فرجها^(٣) .

وأما الاعتداد فلا احترام ماء الثاني حيث إنه ليس بزان ويدل عليه موثق زرارة
 عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة فقدت زوجها أو نعى إليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك

(١) الفقيه باب النوادر من كتاب النكاح تحت رقم ٢٤ والتهذيب ج ٢ ص ٢٠٢ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢٣١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ . الاستبصار ج ٣ ص ١٩٠ . الكافي ج ٦ ص ١٥٠ .

فطلقها؟ قال : تعتدُّ منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدّة واحدة ، وليس للآخر أن يتزوَّجها أبداً^(١).

وكانت الأولاد للواطي مع الشرائط من الولادة بعدمضيّ أقلّ المدّة إلى الأقصى بعدم التجاوز عنها .

ويلحق بذلك أحكام الولادة وسننّها استبداد النساء بالمرأة وجوباً إلا مع عدمهنّ ولا بأس بالزّوج وإن وجدن . ويستحبّ غسل المولود والأذان في أذنه اليمنى والإقامة في اليسرى ، وتحنيكه بتربة الحسين عليه السلام وبماء الفرات ، ومع عدمه بماء فرات ولولم يوجد إلا ماء ملح خلط بالعسل أو التمر .

أما حضور من علم بحال المرأة عند الولادة ففيل بوجوبه من جهة خوف التلف لولا الحضور . ووجوب استبداد النساء قيل : إنّه من جهة ملازمة اطلاع الرّجال حتّى المحارم لما يحرم عليهم من النظر إلى العورة وغيرها ومسّها وسماع الصوت وربّما يرشد إلى ذلك ما دلّ من نصّ و فتوى على قبول شهادة النساء منفردات بالولادة والاستهلال ونحوهما ، نعم مع فرض عدم من يقوم بحاجتها من النساء يجب على الرّجال وينبغي تقديم المحارم ولا يخفى إمكان الخدشة فيما ذكر لأنّ خوف التلف غير غالب مع الخوف لا يرفع بحضور من علم بحاله بل يرجع إلى القوابل . وكما يحرم النظر للرّجل إلى العورة كذلك يحرم على المرأة وسماع صوتها لأدليل على حرمة ، وأخذ الولد حال الوضع لا يلزم النظر ولا المسّ ، بل يمكن من وراء الستر ، نعم لإشكال في أنّ استبداد النساء أوفق بحال المرأة حتّى بالنسبة إلى الزّوج .

وأما استحباب غسل المولود فلما ذكره الفقهاء في باب الأغسال من استحباب الغسل بضمّ الفين المعجمة ولعله الظاهر من الأخبار وربما يحتمل الفتح ويدلّ عليه قوله عليه السلام على المحكّي في موثقة سماعة في تعداد الأغسال وغسل المولود واجب^(١) ، والمشهور فيه الاستحباب ، وعن المعتمر رمي القول بالوجوب بالشذوذ ، وعن المنتهى بالمتروكيّة ولا

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٢ .

(٢) الكافي ج ٣ ص ٢٠ .

يخفى أن الذكر في ضمن الأغسال لا يدل على كون الغسل بالضم كسائر الأغسال المستحبة .

وأما استحباب أن يؤذن في أذنه اليمنى ويقام في اليسرى فيدل عليه أخبار منها ما عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ : من ولد له مولود فليؤذن في أذنه اليمنى بأذان الصلاة وليقيم في اليسرى فإنه عصمة من الشيطان الرّجيم، (١) .

و روى في الفقيه مرسلًا قال : قال الصادق عليه السلام : المولود إذا ولد يؤذن في أذنه اليمنى ويقام في اليسرى .

وأما استحباب التحنيك بماء الفرات وتربة الحسين عليه السلام فيدل عليه ما رواه في الكافي عن بعض أصحابه عن أبي جعفر عليه السلام قال : « يحنك المولود بماء الفرات ويقام في أذنه، » (٢) قال : وفي رواية أخرى « حنكوا أولادكم بماء الفرات وتربة الحسين عليه السلام وإن لم يكن فبماء السماء » (٣) .

و عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : حنكوا أولادكم بالتمر هكذا فعل النبي ﷺ بالحسن والحسين عليهما السلام » (٤) .

وفي كتاب الفقه الرضوي عن الرضا السلام « التحنيك بالعسل .

والظاهر أن الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم أخذوا من كلام الصدوقين .

ويستحب تسمية الأسماء المستحسنة وأن يكنىه ويكره أن يكنى عمداً بأبي القاسم وأن يسمى حكماً أو حكيماً أو خالداً أو حارثاً أو مالكا أو ضراراً ، يستحب حلق رأسه يوم السابع مقدماً على العقيقة والتصدق بوزن شعره ذهباً أو فضة ويكره القنازع .

والأخبار الواردة في المقام منها ما رواه في الكافي عن ثعلبة بن ميمون ، عن رجل ،

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٢ .

(٢) و (٣) و (٤) الكافي ج ٦ ص ٢٢ .

عن أبي جعفر عليه السلام : «أصدق الأسماء ماسمى بالعبودية وأفضلها أسماء الأنبياء»^(١) ،
وعن موسى بن بكر عن أبي الحسن عليه السلام قال : «أول ما يبر الرجل ولده أن
يسميه باسم حسن ، فليحسن أحدكم اسم ولده»^(٢) .

وعن عبدالله بن الحسين بن زيد بن علي بن الحسين عليه السلام عن أبيه ، عن أبي عبدالله
عليه السلام قال : «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : استحسنوا أسماءكم فإنكم تدعون بها يوم القيامة :
قم يا فلان بن فلان إلى نورك ، قم يا فلان بن فلان إلى نورك»^(٣) .

وعن سليمان بن جعفر الجعفري قال : «سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول : لا يدخل
الفقر بيتاً فيه اسم محمد أو أحمد أو علي أو الحسن أو الحسين أو جعفر أو طالب أو عبدالله أو
فاطمة من النساء»^(٤) .

ويستفاد من بعض الأخبار استحباب التسمية قبل الولادة وإلا فبعد الولادة حتى
السطفروي في الكافي عن أبي بصير عن أبي عبدالله ، عن أبيه ، عن جده عليه السلام قال أمير المؤمنين
عليه السلام : «سموا أولادكم قبل أن يولدوا فإن لم تندروا أذكر أو أنثى فسموهم بالاسماء التي
تكون للذكر والأنثى فإن أسقاطكم إذا لقوكم في القيامة ولم تسموهم يقول السقط
لأبيه : ألا سميتني وقد سمى رسول الله صلى الله عليه وآله محسناً قبل أن يولد»^(٥) .

وأما استحباب أن يكنى الولد فقد ذكر فيه قول الباقر عليه السلام على المحكي في
خبر معمر بن خثيم إننا نكنى أولادنا في صغرهم مخافة النبز أن يلحق بهم^(٦) .
وفي خبر السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام : «من السنة أن يكنى الرجل باسم
ابنه»^(٧) .

وأما كراهة أن يكنى عمداً بأبي القاسم فلخبر السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام
«إن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن أربع كنى : عن أبي عيسى وعن أبي الحكم وعن أبي مالك

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٦ ص ١٩ .

(٥) المصدر ج ٦ ص ١٨ .

(٦) الكافي ج ٥ ص ٢٠ . والنبز : اللقب السوء .

(٧) الكافي ج ٦ ص ٢٠ و ٢١ .

وعن أبي القاسم إذا كان الاسم محمداً^(١) ، وقد يستظهر أن القيد الأخير .
وأما كراهة أن يسمى حكيماً - الخ ، فلخبر حماد بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام
قال : « إن رسول الله ﷺ دعا بصحيفة حين حضره الموت يريد أن ينهي عن أسماء يتسمى
بها فقبض ولم يسمها منها الحكم وحكيم وخالد ومالك^(٢) » .
وفي خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : « إن أبغض الأسماء إلى الله سبحانه
حارث ومالك وخالد^(٣) » .

وقال أبو جعفر عليه السلام على المحكي في خبر جابر المروي عن الخصال قال : « قال
رسول الله ﷺ : ألا إن خير الأسماء عبدالله وعبدالرحمن وحارثة وحمّام ، وشر الأسماء
ضرار ومرّة وحرب وظالم^(٤) » .

وأما استحباب حلق رأسه فيدل عليه ما رواه في الكافي ، عن أبي بصير ، عن أبي
عبدالله عليه السلام في المولود قال : « يسمى في اليوم السابع ، ويعق عنه ويحلق رأسه ، و
يتصدق بوزن شعره فضة ، ويبعث إلى القابلة بالبرجل مع الورك ويطعم منه ويتصدق^(٥) » .
وعن أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا ولد لك غلام أو جارية فعق عنه
يوم السابع شاة أو جزوراً ، وكل منهما ، وأطعم وسم واحلق رأسه يوم السابع ، وتصدق
بوزن شعره ذهباً أو فضة ، وأعط القابلة طائفاً من ذلك فأى ذلك فعلت فقد أجزأك^(٦) » .
وأما كراهة القنازع فيدل عليها ما رواه في الكافي ، عن السكوني ، عن أبي
عبدالله عليه السلام قال : « قال : أمير المؤمنين عليه السلام : لا تحلقوا الصبيان القزع - والقزع أن
يحلق موضعاً ويدع موضعاً^(٧) » .

ويستحب نقب أذنه وختانه فيه ، ولو أخر جاز ، ولو بلغ وجب عليه الاختتان

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ٢٠ و ٢١ .

(٤) الخصال باب الأربعة .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٢٩ .

(٦) الكافي ج ٦ ص ٢٨ .

(٧) الكافي ج ٦ ص ٢٠ .

وخفض الجارية مستحباً ، وأن يعق عنه فيه أيضاً ولا تجزىء الصدقة بشئ منها ، ولو عجز .
توقع الممكنة ، ويستحب فيها شروط الأضحية وأن تخص القابلة بالرجل والورك
ولو كانت ذمية أعطيت ثمن الربع . ولو لم تكن قابلة تصدقت به الأم ، ولو لم يعق
الوالد استحب للولد إذا بلغ ولومات الصبي في السابع قبل الزوال سقطت ، ولومات
بعد الزوال لم يسقط الاستحباب ، ويكره أن يأكل منها الوالدان وأن يكسر شيء من
عظامها ، بل يفصل مفاصل الأجزاء .

أما استحباب ثقب الأذن فيدل عليه جملة من الأخبار منها ما رواه الكافي عن
مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن ثقب أذن الغلام من السنة وختانه
لسبعة أيام من السنة ^(١) » .

وعن عبد الله بن سنان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « ثقب الأذن من
السنة وختان الغلام من السنة ^(٢) » .

وأما استحباب الختان في اليوم السابع فيدل عليه رواية المسعدة المذكورة ويدل
عليه أيضاً ما رواه في الكافي عنه ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « اختنوا أولادكم بسبعة أيام
فإنه أطهر وأسرع لنبات اللحم وإن الأرض لتكره بول الأغلف ^(٣) » .

وعن علي بن يقطين في الصحيح قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن ختان الصبي
لسبعة أيام من السنة هو أو يوخروا أيهما أفضل ؟ قال : لسبعة أيام من السنة وإن أخر
فلا بأس ^(٤) » .

ثم إنه لا خلاف ظاهر في أنه يجب الاختتان بعد البلوغ وإنما الخلاف فيما
قبله ، فذهب الأكثر إلى أنه كغيره من التكاليف التي لا تجب إلا بالبلوغ ، والأصل براءة
ذمة الولي من هذا التكليف ونقل عن العلامة - قدس سره - في التحرير أنه قال : « ولا يجوز

(١) المصدر ج ٦ ص ٢٥ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ٢٦ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٣٥ .

(٤) المصدر ج ٦ ص ٢٦ .

تأخيره إلى البلوغ ، ويشكل استفادة هذا من الأخبار إلا أن يقال : يستفاد مما روي في كتاب عيون أخبار الرضا صلوات الله عليه بإسناده عن الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام أنه كتب إلى المأمون «والختان سنة واجبة للرجال ومكرمة للنساء»^(١) ، الوجوب المطلق بنحو الوجوب الكفائي لا الوجوب على خصوص من يختتن حتى يقال : قبل البلوغ لا يجب كسابر التكليف إلا أن يستشكل احتمال كون الوجوب بمعنى الثبوت لا بمعنى اللزوم .
وأما استحباب خفض الجارية فيدل عليه ما رواه في الكافي ، عن عبدالله بن سنان في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «ختان الفلام من السنة ، وخفض الحوارى ليس من السنة»^(٢) .

وعن السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «خفض النساء مكرمة ليست من السنة ولا شيئاً واجباً وأي شيء أفضل من المكرمة»^(٣) .
وعن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «الختان سنة في الرجال ومكرمة في النساء»^(٤) .

وأما العقيقة فاختلف في وجوبها واستحبابها والمشهور الثاني . وإلى الأول ذهب السيد المرتضى وابن الجنيد - رحمهما الله - والأخبار الواردة منها ما رواه في الكافي والفقهاء عن علي بن أبي حمزة ، عن العبد الصالح عليه السلام قال : «العقيقة واجبة إذا ولد للرجل فإن أحب أن يسميه من يومه فعل»^(٥) .

وما رواه في الكافي عن علي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «العقيقة واجبة»^(٦) .
وعن أبي خديجة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «كل مولود مرتين بالعقيقة»^(٧) ، وما رواه في الفقيه مرسلًا قال : في رواية أبي خديجة عن أبي عبدالله عليه السلام : «كل»

(١) العيون ص ٢٦٧ .

(٢) و (٣) و (٤) المصدر ج ٦ ص ٣٧ والنهذب ج ٢ ص ٣٣ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٢٤ والفقيه باب العقيقة تحت رقم ٢ .

(٦) و (٧) المصدر ج ٦ ص ٢٤ و ٢٥ .

إنسان مرتين^١ بالفطرة ، وكل مولود مرتين^٢ بالعقيقة^(١) .
ومارواه في الموثق عن عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « كل مولود مرتين^٢ بعقيقته^(٢) » .

وعن أبي بصير في الموثق أو الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن العقيقة أواجبة هي ؟ قال : نعم هي واجبة^(٣) » .

ومارواه في الكافي عن عبد الله بن سنان ، وفي الفقيه عن عمر بن يزيد في الصحيح قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنني والله ما أدري كان أبي عاق^٣ عني أو لا ، قال : فأمرني أبو عبد الله عليه السلام فعققت عن نفسي وأنا شيخ . وقال عمر : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : كل امرء مرتين^٢ بعقيقته والعقيقة أوجب من الأضحية^(٤) » .

فذهب الشيخ ومن تأخر عنه إلى الاستحباب واستدل العلامة في المختلف بعد اختيار الاستحباب بأصالة البراءة وحمل روايتي علي بن أبي حمزة وأبي بصير على شدة الاستحباب .

ويمكن أن يقال : عمدة ما يمكن أن يستدل به للوجوب المصطلح بين الفقهاء بمعنى اللزوم التعبير بالوجوب في الأخبار المذكورة ، ونوفس باحتمال إرادة الثبوت من الوجوب ، ويمكن دفع هذه المناقشة ببعد إرادة الثبوت في خبر عمر حيث قال عليه السلام على المحكي : « والعقيقة أوجب من الأضحية » .

فالأولى أن يقال : يظهر من هذا التعبير أن الأضحية واجبة والعقيقة أوجب فإذا علمنا بأن الوجوب في الأضحية بمعنى الاستحباب فالعقيقة أشد استحباباً من الأضحية ظاهراً .

ويؤيد هذا ماورد في موثقة سماعة قال : « سألت عن رجل لم يعق^٣ عن ولده حتى

(١) المصدر الباب تحت رقم ٢ .

(٢) المصدر الباب تحت رقم ٥ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٢٥ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٢٥ والفقيه باب العقيقة تحت رقم ٣ و ١ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٧ .

كبر وكان غلاماً شاباً أو رجلاً قد بلغ ، قال : إذا ضحى عنه أو ضحى الولد عن نفسه فقد أجزء عن العقيقة ^(١) .

و موثقة عمار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام وفيها « وإن لم يعق عنه حتى ضحى فقد أجزء » ^(٢) .

حيث إنه يستبعد جداً أجزاء الأضحية المستحبة عن الواجب حيث يقال : لا نظير له في الأحكام الشرعية ويمكن أن يقال : التزم بعض الفقهاء بكفاية الغسل المستحب عن غسل الجنابة وإن لم ينو الجنابة .

وأما عدم أجزاء الصدقة بئمنها فلما رواه في الكافي في الحسن عن محمد بن مسلم قال : « ولد لأبي جعفر عليه السلام غلامان فأمر زيد بن علي أن يشتري له جزورين للعقيقة وكان زمن غلاء ، فاشترى له واحدة و عسرت عليه الأخرى فقال لأبي جعفر عليه السلام عسرت عليّ الأخرى فتصدق بئمنها ، فقال : لا اطلبها حتى تقدر عليها فإن الله يحب إهراق الدماء وإطعام الطعام ^(٣) .

و عن ابن بكير في الموثق قال : « كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فجاء رسول عمه عبدالله بن علي ، فقال له : يقول : عمك إنا طلبنا العقيقة فلم نجد لها فما ترى تنصّدق بئمنها ؟ قال : لا إن الله يحب إطعام الطعام وإراقة الدماء ^(٤) و يظهر من الرواية الأولى توقع المكنة .

وأما استحباب شروط الأضحية فهو المعروف وقد يراد بالاستفادته ممّا في خبر عمر ابن يزيد من قوله عليه السلام على المحكي « والعقيقة أوجب من الأضحية » .

وما في الموثق عن الصادق عليه السلام « يذبح عنه - أي المولود - كبش وإن لم يوجد كبش أجزأ ما يجرى في الأضحية ، وإلا فحمل اعظم ما يكون من هلال السنة ^(٥) » .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٨ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٩ .

(٣) و (٢) الكافي ج ٦ ص ٢٥ .

(٥) النقيض باب العقيقة تحت رقم ٥ . والكافي ج ٦ ص ٢٨ .

وما في بعض النصوص من أنه «إذا ضحى أضحى عنه فقد أجزأه عن العقيقة». ويشكل استفادة الاستحباب مما ذكر كما لا يخفى .

وأما اختصاص الرُّجل والورك بالقابلة فيدلُّ عليه ما رواه في الكافي عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام «في المولود يسمّى في اليوم السابع ويعقُّ عنه - إلى أن قال - : و يبعث إلى القابلة بالرُّجل مع الورك فيطعم منه ويتصدّق^(١)» .

وفي موثقة عمار عن أبي عبدالله عليه السلام «ويعطى القابلة ربعها وإن لم يكن قابلة فلا تمّه تعطيه من شاءت - إلى أن قال - وإن كانت القابلة يهوديّة لا تأكل من ذبيحة المسلمين أعطيت قيمة ربع الكبش^(٢)» .

والمستفاد من هذه الموثقة استحباب إعطاء الرُّبع القابلة وإن كانت يهوديّة تعطى قيمة الرُّبع . ولا تعرّض لغير اليهوديّة من النصرانيّة أو المجوسيّة إن عدّت من أهل الذمّة . ومع عدم القابلة تعطى الأمّ من شاءت .

وأما استحباب أن يعقّ الولد لولم يعقّ الوالد فيستفاد من خبر عمر بن يزيد الملقب «م . وأما سقوط العقيقة لو مات الصبيّ في اليوم السابع قبل الرُّزّ وال فيدلُّ عليه خبر إدريس بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام «سألته عن مولود يولد فيموت يوم السابع يعقُّ عنه ؟ قال : إن مات قبل الظهر لم يعقِّ عنه وإن مات بعد الظهر عقِّ عنه^(٣)» .

وأما كراهة أكل الوالدين منها فلقول الصادق عليه السلام على المحكيّ : «لا يأكل هو ولا أحد من عياله من العقيقة» ، وقال : وللقابلة ثلث العقيقة فإن كانت القابلة أمّ الرُّجل أو في عياله فليس لها منه شيء ، وتفصل أعضاء ثمّ يطبخها ويقسمها ولا يعطيها إلا أهل الولاية ، وقال : يأكل من العقيقة كلُّ أحد إلا الأمّ^(٤)» .

ويظهر من هذه الرواية تأكّد الكراهة بالنسبة إلى الأمّ وفي خبر يحيى بن أبي

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ٢٩ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٣٩ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٣٢ .

الملاء عن الصادق عليه السلام في حديث عقيقة الرسول ﷺ عن الحسن والحسين عليهما السلام قال: «وعقق^(١) عنهما شاة وبعثوا برجل شاة إلى القابلة ونظروا ما غيره فأكلوا منه واهدوا إلى الجيران - الحديث ^(١)» .

و أما كراهة كسر عظامها فربما استفيدت من قول الصادق على المحكمي^(٢) يفصل أعضاء ^(٢)» .

وقوله «واقطع العقيقة جداول فاطبخها وادع عليها رهطاً من المسلمين ^(٣)» . وقد منع من استفادتها خصوصاً بعد ملاحظة خبر عمار^(٣) سئل عن العقيقة إذا ذبحت هل يكسر عظمها ؟ قال : نعم يكسر عظمها ويقطع لحمها ؟ وتصنع بها بعد الذبح ماشئت ^(٤)» .

وقيل : ورد في بعض النصوص النهي عن الكسر ومع عدم الكسر يفصل مفاصل الاعضاء .

ومن التوابع الرضاع والحضانة ، أفضل ما رضع لبن أمه ، ولا تجبر الحرّة على إرضاع ولدها و يجبر الأمة مولاهما . وللحرّة الأجرة على الأب إن اختارت إرضاعه ، وكذا لو أَرْضَعته خادمتها . ولو كان الأب ميتاً فمن مال الرضيع^(٥) .

المعروف أنه أفضل ما يرضع به الصبي لبن أمه ويدل عليه ما رواه في الكافي عن طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه : ما من لبن يرضع به الصبي أعظم عليه بركة من لبن أمه ^(٥)» .

وأما عدم إجبار الحرّة على الإرضاع وإجبار الأمة عليه فيدل عليهما ما رواه في الكافي ، عن سليمان بن داود المنقري قال : « سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرضاع قال :

(١) الكافي ج ٦ ص ٣٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٨ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٧ .

(٤) الفقيه باب العقيقة تحت رقم ١٢ .

(٥) المصدر ج ٦ ص ٤٠ .

لا يجبر المرأة على إرضاع الولد ويجبر أم الولد (١) ، .

واستدل أيضاً بقوله عز وجل "فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن" فإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ، .

واستشكل بأن مورد الآية كما ينادى به سياق الكلام إنما هو المطلقة البائن و عدم الوجوب هنا ممثلاً لخلاف فيه ، ويمكن أن يقال : استحقاق الأجرة لا ينافي الوجوب كما في الواجبات الكفائية ، و بعبارة أخرى إن كان شيء واجباً على المكلف مجتئناً وبلا عوض لا يستحق العوض وإن كان الواجب الجامع بين ما كان بلا عوض وما كان مع العوض لا ينافي استحقاق العوض .

و أما أمة المولى فللمولى إجبارها على الإرضاع لأن جميع منافعها للمولى ومع اختيار الأم إرضاع الولد فمع الإرضاع بلا قصد أخذ الأجرة لا إشكال ومع قصد أخذ الأجرة يقع الكلام في أن الأجرة على الأب ولو كان للولد مال أو كان الأب معسراً أو يكون الأجرة على الأب بالخصوص في صورة عدم وجود المال للولد وكون الأب موسراً؟ الظاهر الثاني لاندراج أجرة الإرضاع في النفقة الواجبة على الأب مع عدم المال للولد وإيسار الأب ، ولم يظهر من الآية الشريفة وجوب الأجرة على الأب من ماله ، بل يمكن وجوبها من مال الولد ومع عدم المال للأب والولد يتعلق التكليف بالأم بإرضاع الولد بلا أجرة أو إعطائها الأجرة لمرضعة أخرى ويكون من باب نفقة الأقارب وكذا الكلام في إرضاع خادمة الأم .

ولو كان الأب ميتاً يعطى الأجرة من مال الولد من يلي أمره لوجوب حفظه ومع عدم المال يتعين على الأم كما ذكر .

﴿ ومدّة الرضاع حولان ، ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً لا أقل ، والزّيادة شهر أو شهرين لا أكثر ، ولا يلزم الوالد أجرة ما زاد عن حولين ، والأم أحق بإرضاعه إذا تطوّعت أو قنعت بما تطلب غيرها ، ولو طلبت زيادة عن ما قنع غيرها فلا لب نزعه واسترضاع غيرها ﴾ .

أما تحديد مدّة الرضاع بحولين فيدلّ عليه قوله تعالى «والوالدات يرضعن أولادهنّ حولين كاملين لمن أراد أن يتمّ الرضاعة» .

و ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبيّ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «ليس للمرأة أن تأخذ في رضاع ولدها أكثر من حولين كاملين فإن أراد الفصل قبل ذلك عن تراض منهما فهو حسن» (١) .

وأما جواز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً فاستدلّ له بقوله تعالى : «وحمله وفصاله ثلاثون شهراً» فإنّ ذاهلت به تسعة أشهر كما هو الغالب كان الباقي للرّضاع أحداً وعشرين شهراً .

وما رواه في التهذيب عن عبد الوهّاب بن الصباح قال : «قال أبو عبد الله عليه السلام : الفرض في الرضاع أحد وعشرون شهراً ، فما نقص من أحد وعشرين شهراً فقد نقص الموضع فإن أراد أن يتمّ الرضاعة له فحولين كاملين» (٢) .

وما رواه في الكافي عن سماعة ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «الرّضاع أحد وعشرون شهراً فما نقص فهو جورٌ على الصبي» (٣) .

ولا يبعد الجمع بين هذين الخبرين والصحيح المذكور بتخصيص النقصان في الصحيح بما ذكر في الخبرين .

وأما الزيادة على الحولين بشهراً أو شهرين لا أكثر فهو المعروف وقيل : إنه مروى ولم نعث على خبر يدلّ على ذلك ، نعم روى الكلينيّ وابن بابويه في الصحيح عن سعد ابن سعد الأشعري ، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : «سألته عن الصبي هل يرتضع أكثر من سنتين فقال : عامين ، قلت : فإن زاد على سنتين هل على أبويه من ذلك شيء؟ قال : لا» (٤) .

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧

(٣) المصدر ج ٦ ص ٤٠ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٤١ .

وقد يستظهر من هذا الصحيح جواز الزيادة على الحولين مطلقاً ويمكن أن يقال: لعلّ التعبير بالزيادة لا يشمل كل زيادة بلغت ما بلغت ، وقد يستند في المنع بحرمة فضلات غير الماء كولا ولا يخفى الإشكال فيه حيث إنّ لازمه حرمة اللبن بالنسبة إلى الرضيع أيضاً والترخيص للولد مدّة معينة اضطراراً .

وأما عدم لزوم أجره ما زاد على الحولين على الوالد فلأنّ الحولين منتهى الرضاعة بحسب الآية الشريفة والواجب على الأب أجره الرضاع مع يسره وعدم المال للولد بمقتضى قوله تعالى « فآتوهنّ أجورهنّ » وقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ » .

واستشكل في المقام بأنّه لا معنى لعدم استحقاق المرأة الأجرة للزائد الذي هو بمنزلة النفقة الضرورية الذي تجب على الوالد بعد حمل النصوص على الغالبوا جيب بالفرق بين الأجرة المضروبة على الأب في الحولين وبين الأجرة بعد الحولين فإن الأولى مضروبة على الأب لومع عدم رضى الأب وعدم تحقق معاملة بين الزوجة والأب وعدم رضى الأب بإرضاعها بل الأب ملزم بحكم الشرع بخلاف الثانية حيث إنّها محتاجة إلى المعاملة وتراضى الطرفين .

ويمكن أن يقال : لا مانع من رجوع المرضعة إذا لزم إرضاعها للولد إلى أجره المثل ولو كان الأب غير راض أو كان غائباً إذا لم تقصد الإرضاع بلا أجره من جهة وجوب النفقة على الأب إذا لم يكن للولد مالٌ ، نظير لزوم حفظ الدابة المستأجرة مع غيبة مالكها .

وأما أحقية الأمّ مع التطوُّع أو القناعة بما يطلب غيرها فلا خلاف فيها ظاهراً ويدلّ عليها رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سمعته يقول : المطلقة الحبلى ينفق عليها حتى تضع حملها وهي أحقّ بولدها أن ترضعه بما تقبله امرأة أخرى يقول الله تعالى « لا تضارّ » والدّة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك ، لا يضارّ بالصبي ولا يضار باّمه في رضاعه وليس لها أن تأخذ في رضاعه فوق حولين كاملين فإذا أراد

الفصال قبل ذلك عن تراض منهما كان حسناً والفصال هو الفطام ^(١) ، .

ومارواه الشيخ عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا طلق الرجل المرأة وهي حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها فإذا أرضعته أعطاها أجرها ولا يضارها إلا أن يجد من هو أرخص منها فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحق بلبنها حتى تنطمه ^(٢) » .

وعن فضل بن أبي العباس عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : « فإن قالت المرأة لزوجها الذي طلقها : أنا أرضع ابني بمثل ما تجد من يرضعه فهي أحق به ^(٣) » .
 وأما الحضانة فالأم أحق بالولد بمدّة الرضاع إذا كانت حرة مسلمة وإذا فصلت فالحرّة أحق بالبت إلى سبع سنين ، وقيل : إلى تسع سنين . والأب أحق بالابن ولو تزوّجت الأم سقطت حضانتها . ولومات الأب فالأم أحق به من الوصي ، وكذا لو كان الأب مملوكاً أو كافراً كانت الأم الحرّة أحق به ولو تزوّجت ، فإن أعتق الأب فالحضانة له .

الحضانة لغة بمعنى الحفظ والصيانة وقيل في اصطلاح الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - الولاية والسلطنة على تربية الطفل وما يتعلق بها من مصلحة حفظه وجعله في سريره وكحله وتنظيفه ونحو ذلك ، وأورد عليه بأن الحضانة لو كانت ولاية على تربيته فاللزام أن لا تسقط بإسقاط الأم وتجب عليها مراعاة ذلك على وجه لا تستحق عليها الأجرة كما هو الشأن في غيرها من الولايات مع أنه ليس في شيء من الأدلة ما يقتضي ذلك بل فيها ما يقتضي خلافه كالتعليق على مشيئتها والتعبير بالأحققة بل ظاهرها كون هذه الأحققة مثل الأحققة في الرضاع وحينئذ لا يكون ذلك واجباً عليها ولها إسقاطها ومطالبة الأجرة عليه ، ويمكن أن يقال : الظاهر أن الحضانة بمعنى اللغوي والعرفي والمستفاد من الأدلة

(١) الفقيه باب طلاق العامل تحت رقم ٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٢ و ٢٧٧ .

ولاية الأب والأم عليها في الجملة وليس الحضانة نفس الولاية ، بل الولاية ثابتة على الحضانة فمع عدم قيام الأم لا تسقط ولايتها بل تثبت للأب كما أنه مع عدم قيام الأب تكون لغيرهما نظير الولاية بالنسبة إلى الصغير حيث إنها ثابتة للأب والجد ومع عدم قيامهما ثابتة للحاكم ومع عدم قيام الحاكم لمانع تثبت لعدول المؤمنين ولاندل الأدلة على خلاف ما ذكر ، والمشهور بين الأصحاب أن الأم أحق بالولد ذكراً كان أو أنثى مدّة الرضاعة أي الحولين وبعد انقضائها يكون الأب أحق بالذكر والأم أحق بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين فلتنقل الأخبار الواردة .

فمنها صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « الحبل المطلق ينفق عليها حتى تضع حملها وهي أحق بولدها حتى ترضعه بما تقبله امرأة أخرى ، إن الله تعالى يقول : « لا تضار والدته بولدها ولا مولود له بولده »^(١) .

وخبر الكناشي عنه عليه السلام أيضاً « إذا طلق الرجل امرأته وهي حبل أنفق عليها حتى تضع حملها ، فإذا أرضعته أعطاها أجرها لا يضارها إلا أن يجد من هو أرخص أجراً منها فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحق بابنها حتى تنطمه »^(٢) .

وخبر فضل بن أبي العباس البقباق قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل أحق بولده أو المرأة ؟ قال : لا بل الرجل فإن قالت المرأة لزوجها الذي طلقها : أنا أرضع ابني بمثل ما تجد من يرضعه فهي أحق به »^(٣) .

ومنها صحيح أيوب بن نوح قال : « كتب إليه بعض أصحابه إنه كانت لي امرأة ولي منها ولد و خلّيت سبيلها ؟ فكتب : المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأة »^(٤) .

وصحيحه الآخر قال : « كتب إليه - يعني بشار بن بشير - جعلت فداك رجل تزوج

(١) (٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ والاستبصار ج ٣ ص ٣٢٠ .

(٤) الفقه باب الولد يكون بين والديه تحت رقم ٢ .

امرأة فولدت منه ثم فارقها من يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب عليه السلام : إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله وإن تركه فله ^(١) .

و منها مرسل المنقري قال : « سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يطلق امرأته وبينهما ولد أيهما أحق بالولد؟ قال : المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج ^(٢) » .

ومنها خبر داود بن حصين عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن » قال : مادام الولد في الرضاع فهو بين الأبوين بالسوية فإذا فطم فالأب أحق به من الأم فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصة فإن وجد الأب من يرضعه بأربعة دراهم وقالت الأم : لا أرضعه إلا بخمسة دراهم فإن له أن ينزعه منها إلا أن ذلك خير له وأرفق له أن يذره مع أمه ^(٣) .

ولا يخفى عدم استفادة ما ذهب المشهور إليه من التفصيل بين الذكر والأنثى بعد الحولين وقد يقال : مقتضى الجمع العرفي وهو حمل الظاهر على النص والأظهر هو حمل مادل على استحباب وضع الولد عند الأم إلى السبع وكراهة أخذه منها قبله لصراحة مادل على الحولين في جواز أخذه منها بعد الحولين بخلاف مادل على السبع فإنه ظاهر في حرمة أخذه منها .

ويمكن أن يقال : هذا الجمع يوجب الجمع بين الوجوب والاستحباب حيث إن السبع بعضها أعني الحولين يجب وضع الولد فيهما عند الأم والسنين الباقية يستحب وضع الولد عندها فيها ، والجمع بهذا التحوليس بعزير لكن يتوجه إشكال آخر وهو أن خبر داود بن حصين صريح في أنه مادام الولد في الرضاع يكون بين الأبوين بالسوية فكيف يجمع مادل على اختصاص الحضانة في الحولين بالأم إلا أن يقال : ولاية الحضانة في الحولين مع قطع النظر عن هذا الخبر للأب باقية ، ولذا كان له أن ينزع الولد

(١) السرائر ص ٢٧١ .

(٢) والكافي ج ٦ ص ٢٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ . والفقهاء باب الولد يكون

بين والديه تحت رقم ١ و ٢ واللفظ له .

منها ، ولا ينافي هذه الولاية لزوم وضع الولد عند الأم في الحواين إلا في صورة الاختلاف في الأجرة .

وأما سقوط حق الجضانة للأم مع تزوجها فيدل عليه مرسل المنقري المذكور وبهذا المضمون روى عن حفص بن غياث أو غيره (١) .

وأما أحقية الأم مع موت الأب من الوصي فهي المعروفة في كلماتهم ولم يستند إلى رواية .

وأما اشتراط الحرية في الأم في أحقيتها بالولد فاستدل عليه بما رواه في الكافي في الموثق عن جميل وابن بكير جميعاً « في الولد من الحر والمملوكة قال : يذهب إلى الحر منهما (٢) » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن داود الرقي قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرّة نكحت عبداً فأولدها أولاداً ثم إنه طلقها فلم تقم مع ولدها فتزوّجت فلما بلغ العبد أنها تزوّجت أراد أن يأخذ ولده منها وقال : أنا أحقّ بهم منك إذا تزوّجت ، فقال : ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها ، وإن تزوّجت حتى يعتق ، هي أحقّ بولدها منه مادام مملوكاً فإذا أعتق فهو أحقّ بهم منها (٣) » .

وما رواه الصدوق في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن أبي أيوب ، عن الفضيل بن يسار ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « أيما امرأة حرّة تزوّجت عبداً فولدت منه أولاداً فهي أحقّ بولدها منه وهم أحرار ، فإذا أعتق الرجل فهو أحقّ بولده منها لموضع الأب (٤) » .

وبأن المملوكة لا تقدر على شيء ، هذا مع التأييد بأن منافع الأمة مملوكة للسيد المقدّم حقه على غيره .

(١) الفقيه الباب تحت رقم ٢ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٤٩٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٤٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ .

(٤) الفقيه باب الولد يكون بين والديه تحت رقم ٣ .

ويمكن أن يقال : أما موثق جميل و ابن بكير فلا ظهور له لما نحن فيه لاحتمال أن يكون النظر إلى حرّية الولد من جهة حرّية أحد أبويه ، وأما الخبران الآخريان فراجعان إلى الزوج المملوك لا إلى الزوجة فلا بدّ من دعوى القطع بعدم الفرق بين الزوج والزوجة . وأما مسلووية القدرة للمملوك فليست بنحو لا تقبل التخصيص فإنهم قائلون بأنّ الطلاق بيد المملوك ، وعموم ما دلّ على أنّ الأمّ أحقّ بالولد في حولى الرضاع يشمل المملوكة .

وأما ما ذكر من تقدّم حقّ المولى فلا يوجب سلب أحقية الأمّ حيث إنّ تزوّجها كان بإذن المولى ومن لوازم الزّوجية حقّ الحضانة بحسب عموم الدّليل فهذا كحقّ الزوج من جهة الاستمتاع بها فإنّ تمّ الإجماع وإلا يشكّل الحكم .
وأما اشتراط الإسلام فاستدلّ له بأنّ حقّ الحضانة ولاية ومع كون الولد بحكم المسلم من جهة إسلام أبيه لا ولاية لها عليه ، فإنّ الله لم يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلاً بمقتضى الآية الشريفة .

ويمكن أن يقال : ليس كلّ حقّ بالنسبة إلى المسلم ولاية بالنسبة إليه ألا ترى أنّ العبد المسلم المملوك للكافر إذا كان إسلامه بعد مملوكيته له يكون مملوكاً لعمالم يبيع ومنافعه ملكاً له ، والآية الشريفة لا توجب نفيها وليس هذا تخصيصاً بالنسبة إليها لا بآية الشريفة عن التخصيص فلا مانع من كون حقّ الحضانة من هذا القبيل إلاّ أن يتمّ الإجماع على الاشتراط فإنّ أعتق الأب المملوك فالحضانة له إن قلنا باشتراط الحرّية .

﴿النظر الخامس في النفقات ، وأسبابها ثلاثة : الزّوجية والقرابة والملك ، أما الزّوجية فيشترط في وجوب نفقتها شرطان : العقد الدائم ، فلا نفقة لمستمع بها . والتمكين الكامل فلا نفقة لناشزة ولو امتنعت لعذر شرعيّ لم تسقط كالمرض والحيض وفعل الواجب أمّا المندوب فإنّ منعها منه فاستمرّت سقطت نفقتها ﴾ .

لا شبهة ولا خلاف بين علماء الإسلام في وجوب النفقة بالثلاثة المذكورة في الجملة فالزّوجة يجب نفقتها في الجملة بالكتاب والسنة قال سبحانه « لينفق ذو سعة من سعته

ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله .

وروى ثقة الاسلام في الكافي عن إسحاق بن عمار في الموثق قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما حق المرأة على زوجها الذي إذا فعله كان محسناً ؟ قال : يشبعها ويكسوها وإن جهلت غفر لها ^(١) » .

وروى في الفقيه في الصحيح عن ربعي ، عن الفضيل بن يسار ، عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله عز وجل « ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » قال : إذا أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة وإلا فرّق بينهما ^(٢) » .

وعن عاصم بن حميد عن أبي بصير في الصحيح قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرّق بينهما ^(٣) » ، إلى غير ذلك من الأختار .

و يشترط في وجوب نفقة الزوجة شرطان : أحدهما أن يكون العقد دائماً فلا نفقة لذات المنقطع ، و ادعى الإجماع ، و قد يراد استفادة عدم استحقاق المتمتع بها النفقة من قول الصادق عليه السلام على المحكي في رواية زرارة « تزوج منهن ألفاً فإنما هن مستأجرات ^(٤) » .

فقول أبي جعفر عليه السلام على المحكي في رواية محمد بن مسلم : « إنها لا تطلق ولا ثورت وإنما هي مستأجرة ^(٥) » .

ومن المعلوم أن الأجير لا نفقة له ، ويمكن أن يقال : الظاهر أن التعبير بهن مستأجرات ليس من جهة أنهن مستأجرات ولذا لا يلتزم بصحة الانشاء بالإجارة والاستيجار فلا يترتب ما يترتب على الأجير ، وعلى فرض الترتب بالاطلاق يكون في قبالة إطلاق ما دل على

(١) المصدر ج ٥ ص ٥١٠ .

(٢) و (٣) المصدر باب حق المرأة على الزوج تحت رقم ٦ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٥١ .

(٥) المصدر ج ٥ ص ٢٥٢ .

وجوب نفقة الزوجة والثاني أظهر في مورد التعارض لكن بعد تسليم عدم استحقاق النفقة لاتصل النوبة إلى ما ذكر .

الشرط الثاني التمكين الكامل على المعروف فنقول: لا إشكال في أنه مع تحقق النشوز من طرف الزوجة بالاخلال بما هو واجب عليها من حقوق الزوج تسقط نفقتها ويدل عليه ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال رسول الله ﷺ : أيما امرأة خرجت من بيتها بغير إذن زوجها فلا نفقة لها حتى ترجع ^(١) » .

والمروي في تحف العقول عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة حجة الوداع : « إن نسائكم عليكم حقاً ولكم عليهن حقاً ، حقكم عليهن أن لا يوطئن فراشكم ولا يدخلن بيوتكم أحداً تكرهونه إلا بأذنكم وأن لا يأتين بفاحشة فإن فعلن فإن الله قد أذن لكم أن تعزلوهن وتهجروهن في المضاجع وتضربوهن ضرباً غير مبرح وإذا انتهين فأطعنكم فعليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

قد يستظهر من الخبر الأول أن الخروج بغير إذن الزوج الذي عد من الحقوق موجب للنشوز من حيث عدم القيام بحقوق الزوج لا الخروج بغير رضاه كي لا يكون دالاً إلا على سقوط النفقة بالمخالفة ، ويقال : المستفاد مما في تحف العقول المذكور تفريع الهجر والضرب على عدم القيام بما عد من حقوق الزوج ولو لم يصدق المخالفة ويستفاد من تفريعه وجوب رزقهن وكسوتهن على إطاعتهم للزوج سقوط نفقتهم وكسوتهن مع عدم الإطاعة بالتقصير في تعديده حقه .

ويمكن أن يقال : بناء على ما ذكر من ترتيب وجوب النفقة والاستحقاق على الإطاعة لا بد من سقوطها إذا لم تتحقق الإطاعة من جهة عدم أهلية الزوج كما لو كان صغيراً أو مجنوناً مع أنه لا يصدق النشوز إلا أن يقال : مقتضى إطلاق دليل وجوب النفقة وجوبها والمقيّد لا يشمل صورة عدم أهلية الزوج وكذا صورة عدم أهلية الزوجة لصغرهما أو جنونها إلا أن يستشكل في إطلاق الدليل ويقال : مادل على وجوب النفقة في مقام

أصل التشريع .

وعلى ما ذكر ينبغي أن يراد من التمكين الكامل ما ذكر لا ما ذكر من إظهارها كونها ممكنة له إما بأن تعرض نفسها عليه أو بان تقول: سلمت إليك نفسي في كل زمان ومكان شئت وقد يراد استفادته من قوله **وَالْمَرْءُ عَلَى الْمَرْأَةِ** في جواب السؤال عن حق الزوج على المرأة «وعليها أن تتطيب بأطيب طيبها وتلبس بأحسن ثيابها وتزين بأحسن زينتها وتعرض نفسها غدوة وعشيّة» وذلك لأن الظاهر عدم وجوب ما في هذه الرواية لقيام السيرة على عدم مراعات ما ذكر فلا بد من الحمل على الاستحباب فلا مجال للتول بسقوط النفقة مع عدم القيام بما ذكر .

و أما عدم سقوط النفقة إذا كان امتناع المرأة لعذر شرعي فهو مبني على الأخذ باطلاق دليل وجوب النفقة وعدم شمول ما دل على الاشتراط بالتمكين الكامل المفقود في هذه الصورة ومع التشكيك في إطلاق دليل وجوب النفقة يشكل القول بعدم السقوط إلا أن يتمسك بالسيرة من غير نكير ، وما في كلماتهم من التفرقة بين الأعذار مشكل جداً .

وأما صورة منع الزوج عن العمل الواجب فإن كان الواجب مضيق فلا إشكال في تقديم الواجب المضيق ولو كان موسعاً وطلب الزوج ما يناق في المبادرة كقضاء صوم رمضان فقد يقال بتقديم حق الزوج لدوران الأمرين الموسع والمضيق ومع التزاحم لا إشكال في تقديم المضيق .

ويمكن أن يقال : أما ما ذكر من تقديم الواجب مع تضيقه فلنقال أن يقول : مجرد الوجوب من دون ملاحظة الأهمية كيف يوجب تقديمه لأن إطاعة الزوج أيضاً واجبة ولا يوجب السبق أيضاً التقدم . وأما ما ذكر من تقديم حق الزوج لدوران الأمرين الموسع والمضيق فيمكن منعه لأن دليل وجوب القيام بحقوق الزوج لا يشمل مثل أوقات الصلوة والصوم وعلى هذا ليس من تزاحم الواجبين حتى يقال : يدور الأمرين الموسع والمضيق فبعد خروج الوقت بقدر أن تصلى بين الظهر والمغرب مثلاً ما وجه تقديم حق الزوج بأن يطلب منها ما يناق في المبادرة إلى الصلاة .

وأما عمل المندوب فإن كان مما يتوقف على إذن الزوج كالحج والصوم يكون فعله بدون الإذن موجباً للفساد ولا يوجب منع النفقة لأنه غير مانع من التمكين وإن كان مما لا يتوقف على إذنه جاز لها فعله بغير الإذن ومتى طالب منها الاستمتاع المنافي لفعل المندوب تجب إطاعته ومع عدم الطاعة تسقط النفقة ، وأما التقييد بالاستمرار في المتن فلم يظهر وجهه .

«ونستحق» الزوجة النفقة ولو كانت ذميمة أو أمة وكذا نستحقها المطلقة الرّجعية دون البائن والمتوفى عنها زوجها إلا أن تكون حاملاً فتثبت نفقتها في الطلاق على الزوج حتى تضع وفي الوفاة من نصيب الحمل على إحدى الرّوايتين فنفقة الزوجة مقدّمة على نفقة الأقارب وتقضى لو فانت .

أما استحقاق الزوجة الذمّية فلا إشكال فيه لا لطلاق الأدلة بناءً على صحة نكاحها بالنكاح الدائم . وأما الأمة فإذا أمكن السيد الزوج منها ليلاً ونهاراً فلا إشكال وإن لم يمكنه منها إلا بناءً على أن لعذلك فيشكل وجوب النفقة لعدم التمكين التام وإن كانت معذورة من جهة أن اختيارها بيد السيد فليست ناشئة فتدخل في ذوات الأعداء فإن أخذ بالطلاق الدليل الدال على وجوب النفقة وعدم شمول مادل على سقوط النفقة لعدم القيام بحقوق الزوج للمقام من جهة العذر فلا بد من القول بوجوب النفقة وإن نوقش في الإطلاق فالمرجع أصالة براءة الزوج عن النفقة ولعل الأقوى الأخذ بالإطلاق . وأما استحقاق المطلقة الرّجعية فالظاهر أنه موضع وفاق وبدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إن المطلقة ثلاثاً ليس لها نفقة على زوجها إنما ذلك للتي لزوجها عليها رجعة ^(١) » .

وما رواه في الكافي عن سعد بن أبي خلف في الصحيح قال : « سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن شيء من الطلاق فقال : إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فقد بانت منه ساعة طلقها وملك نفسه ولا سبيل له عليها وتعتد حيث شئت ولا نفقة لها ، قال : قلت : أليس الله عز وجل يقول « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن »

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٢ والنهذب ج ٢ ص ٢٧٢ . والفقيه باب طلاق المدة تحت رقم ٥ .

قال : فقال : إنما عني بذلك التي تطلق تطليقة بعد تطليقة . فتلك التي لا تخرج ولا - تخرج حتى تطلق الثالثة ، فإذا طلقت الثالثة ، فقد بانت منه ولا نفقة لها ، والمرأة التي يطلقها الرجل تطليقة ، ثم يدعها حتى يخلو أجلها فهذه أيضاً تقعد في منزل زوجها ولها النفقة والسكنى حتى تنقضي عدتها ، ^(١) .

و روى الثقة الجليل عبدالله بن جعفر الحميري في قرب الإسناد ، عن عبدالله بن الحسن ، عن جده علي بن جعفر ، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : « سألته عن المطلقة أليها نفقة على زوجها حتى ينقضي عدتها ؟ قال : نعم » ^(٢) .

وهذه الرواية وإن كانت فيها ترك الاستفصال لكنها محمولة على الرجعية ، وأما البائن والمتوفى عنها زوجها فلا نفقة لهما إلا مع الحمل . أما سقوط النفقة للبائن فلما ذكر من الخبرين المذكورين وأما ثبوته مع الحمل فلا خلاف فيه ظاهراً و يدل عليه قوله تعالى « فإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » .

وما رواه ثقة الإسلام في الصحيح أو الحسن عن محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « الحامل أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها » ^(٣) .

وعن عبدالله بن سنان في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يطلق امرأته و هي حبلى قال : أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها حتى تضع حملها » ^(٤) .

و نحوهما صحيحة الحلبي ^(٥) و رواية الكافي و إطلاق الآية الشريفة والأخبار تشمل البائن والرجعية .

وأما عدم ثبوت النفقة للمتوفى عنها زوجها الحامل فلرواية زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام « في المرأة المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة ؟ فقال : لا » ^(٦) .

(١) المصدر ج ٦ ص ٩٠ .

(٢) المصدر ص ١١٠ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ١٠٣ .

(٤) المصدر ج ٦ ص ١٠٣ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ١١٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢٨٩ .

و عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال : « سألته عن المتوفى عنها زوجها ألها نفقة ؟ قال : لا ينفق من مالها » (١) .

وأما المتوفى عنها زوجها الحبلى ففي ثبوت النفقة لها خلاف فيظهر من بعض الأخبار عدم ثبوت النفقة كما رواه ثقة الإسلام في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : « في الحلبي المتوفى عنها زوجها أنه لا نفقة لها » (٢) .

وعن أبي الصباح الكناني عنه عليه السلام قال : « في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة ؟ قال : لا » (٣) .

وما رواه في التهذيب عن زيد بن أبي أسامة قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الحلبي المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة ؟ فقال : لا » (٤) .

وفي قبال ما ذكر ما رواه في الكافي والفقيه عن محمد بن الفضيل ، عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « المرأة الحبلى المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مالولدها الذي في بطنها » (٥) .

وما رواه في التهذيب والفقيه عن السكوني ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي عليه السلام قال : « نفقة الحامل المتوفى عنها زوجها من جميع المال حتى تضع » (٦) .

وقد يناقش في رواية محمد بن الفضيل من جهة ضعف السند ، وبشكل هذه المناقشة من جهة أنه يظهر من كلام الصدوق - قدس سره - اعتبارها (٧) فمع عدم إمكان الجمع فصل النوبة إلى الترجيح أو التخيير ، والترجيح مع الأخبار النافية .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ١١٥ .

(٣) د د د ١١٥ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٥) الكافي ج ٢ ص ١١٥ والفقيه باب طلاق الحامل تحت رقم ٣ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٩ . والفقيه الباب المذكور تحت رقم ٣ .

(٧) لما قال به نقل رواية السكوني : « والذي نفق به رواية الكناني » .

و أما تقدم نفقة الزوجة على نفقة الأقارب فهو المعروف بين الفقهاء فقالوا :
نفقة الإنسان على نفسه مقدمة على نفقة غيره و نفقة الزوجة مقدمة على نفقة الأقارب
و استدلووا على ذلك بأن نفقة الزوجة وجبت على وجه المعاوضة في مقابل الاستمتاع
بخلاف نفقة القريب ، و استشكل بأن هذا الوجه لا يوجب التقديم بملاحظة الأخبار
الواردة .

فمنها ما رواه الكليني - قدس سره - في الصحيح أو الحسن عن حريز عن أبي-
عبدالله عليه السلام قال : قلت : من الذي أجبر عليه ويلزمني نفقته ؟ فقال : الوالدان والولد
والزوجة ، (١) .

و روى الشيخ في التهذيب والصدوق في الفقيه في الصحيح عن محمد الحلبي ، عن
أبي عبدالله مثله .

و ما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قلت من يلزم
الرجل من قرابته ممن ينفق عليه ؟ قال : الوالدان والولد والزوجة ، (٢) و زاد في
الفقيه « والوارث الصغير ، يعني الأخ و ابن الأخ و نحوه .

و عن جميل في الصحيح عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام قال : « لا يجبر
الرجل إلا في نفقة الأبوين والولد ، قلت لجميل : والمرأة ؟ قال : روى بعض أصحابنا
و هو غنيسة بن مصعب و سورة بن كليب عن أحدهما عليه السلام « أنه إذا كساها ما يوارى
عورتها وأطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه وإلا طلقها ، قال : قلت لجميل : وهل يجبر على نفقة
الأخت ؟ قال : إن أجبر على نفقة الأخت كان ذلك خلاف الرواية ، (٣) .

و يمكن أن يقال : وجوب الإنفاق على الأقارب حكم تكليفي صرف وليست نفقتهم
على المنفق بمنزلة الدين بحيث تكون الذمة مشغولة بها حتى مع عدم القدرة ، وبعبارة أخرى

(١) و (٢) المصدر ج ٢ ص ١٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٨٩ و ١٠٥ .

لا إطلاق في الأدلة حتى يستفاد منها الوجوب مع عدم القدرة ، غاية الأمر معه يكون معذوراً عقلاً بخلاف وجوب نفقة الزوجة حيث إنها بمنزلة الدين والذمة مشغولة بها حتى مع عدم القدرة ، غاية الأمر المعذورية معه فمع الدوران تقدم نفقة الزوجة وهذا نظير دوران الأمر بين صرف مقدار من الماء في رفع الخبث و بين صرفه في رفع الحدث حيث إنه يمكن أن يقال : حيث إن لزوم رفع الخبث مطلق وليس مشروطاً بالتمكّن بخلاف لزوم الطهارة المائية حيث إنه مشروط بالتمكّن فلا بدّ من صرف الماء في رفع الخبث و بعد لزومه فيه لا تمكّن لرفع الحدث فنقول في المقام حيث إنه يستفاد مما دلّ على وجوب الإنفاق على الزوجة مع عدم النشوز من غير الأخبار المذكورة في المقام بالنحو المذكور لا يبعد التقديم عند الدوران هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه ما ذهب إليه الأكابر فتأمل .

وأما تقديم نفقة نفسه على الغير فقد يستدلّ عليه بالنبوي صلى الله عليه وآله وفيه «أن رجلاً جاء إليه صلى الله عليه وآله فقال : معي دينار ؟ فقال : أنفقه على نفسك ، فقال : معي آخر ؟ فقال : أنفقه على ولدك ، فقال : معي آخر ؟ فقال : أنفقه على أهلك ، .

والمستفاد منه تقديم نفقة الولد على الأهل وقيل مع تسليم صحة الخبر يحتمل الحمل على غير النفقة الواجبة مع أن الرجل كان موسراً كما يظهر منه وكلام الأصحاب في شأن المعسر .

و أما وجوب قضاء نفقة الزوجة فلا إشكال فيه فيما تملك المرأة من قوتها و يدلّ على الملكية ما رواه الشيخ في الصحيح والكليني بسند فيه إرسال عن شهاب بن عبد ربّه قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما حق المرأة على زوجها؟ قال : يسدّ جوعها ويستر عورتها ولا يقبح لها وجهاً ، فإذا فعل ذلك فقد والله أدّى حقها ، قلت : فالدّهن؟ قال : غيباً يوم و يوم لا ، قلت : فاللحم قال : في كلّ ثلاثة أيّام فيكون في الشهر عشر مرّات لا أكثر من ذلك ، قلت : فالصّبغ؟ قال : في كلّ ستّة أشهر ، ويكسوها في كلّ سنة أربعة أثواب ثوبين للشتاء و ثوبين للسيف ، ولا ينبغي أن يفقر بيته من ثلاثة أشياء دهن الرأس والخل والزيت و يقوتهنّ بالمدّ ، فإنّي أقوت به نفسي و عيالي ، وليقدر لكلّ إنسان منهم

قوته فإن شاء أكله و إن شاء وهبه و إن شاء صدّق به ولا تكون فاكهة عامّة إلا أطعم عياله منها ، ولا يدع أن يكون للعبد عندهم فضل في الطعام أن ينيلهم من ذلك شيئاً مما لا ينيلهم في سائر الأيام ، ^(١) .

حيث إنّ الهبة والتصدّق من لوازم الملكية إلا أن يقال : لا إشكال في تملك المرأة القوت بعد القبض لكن مجرد هذا لا يثبت كون النفقة قبل إقباض الزّوج بمنزلة الدّين ، ألا ترى أنّ الزّكاة المندوبة تملك بعد الإقباض والقبض ، وقبل القبض لا تكون ملكاً لأحد من الفقراء ، ثمّ إنّهُ يشكّل استفادة لزوم تملك الزّوجة في قوته من هذا الصحيح لأنّ الظاهر أنّ الضمير في قوله «وليقدر لكلّ إنسان منهم الخ» يرجع إلى العيال المعلوم ممّا قبله والعيال يشمل الزّوجة و من وجب نفقته و من لم يجب كالأخ والأخت والخدم فلا يجب الإيفاء عليهم على نحو التملك بل على نحو الامتاع أيضاً لا يجب و يقع التعارض بين ظهور «وليقدر» في الوجوب وعموم كلّ إنسان منهم بالنسبة إلى العيال بل لعلّ الخصوصيات المذكورة في الصحيح ليست على نحو الوجوب كما لا يخفى .

و أمّا ما استدلّ به من أنّ نفقة الزّوجة اعتياض في مقابلة الاستمتاع فتصير بمنزلة الدّين ، ففيه إشكال لأنّه مع تسليم استفادة الاعتياض من الأخبار لا بدّ من القول به في الكسوة أيضاً وفي الكسوة لا يسلم كونها بمنزلة الدّين للخلاف في أنّ الزّوجة تملك الكسوة كالقوت أو أنّ حقّها على الزّوج إمّتها وعدّ من الثمرات إنّهُ على الامتاع لا يصير ديناً و أنّه لا يصحّ لها بيع ولا جواز التصرف فيه بغير اللبس هذا ولكنّ الظاهر أنّ وجوب القضاء فيما تملك من المسلّمات ؟ و أمّا ما تستحقّ الزّوجة بنحو الامتاع فلا ولذا عدّ من الثمرات في الكسوة ما ذكر .

✽ و أمّا القرابة فالنفقة على الأبوين والأولاد لازمة و فيمن علا من الآباء والأمّهات تردّد أشبهه اللزوم ولا تجب على غيرهم من الأقارب بل تستحبّ و تتأكّد

(١) الكافي ج ٥ ص ٥١٣ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٤١ .

في الوارث .

مقتضى الأخبار المذكورة في المقام الإشكل على القول بتقدم نفقة الزوجة على الأقارب لزوم نفقة الأبوين على الأولاد ولزوم نفقة الأولاد على الأبوين وادعى عدم الخلاف على لزوم نفقة من علامن الآباء والأمهات أو سفل من الأولاد ، و تردّد المصنّف - قدّس سرّه - من جهة صدق الأب والوالد على من علا وصدق الولد على من سفل ، ولعلّ التردّد في محله ، ألا ترى أنّه لو قال : قال أو فعل أبي أو والدي هل يكون ظاهراً في غير أبيه بلا واسطة و كذلك في طرف الأمّ إلا أن يتمّ الاجماع و لعلّه لهذه الجهة احتاط بعض الأكابر بنحو الاستحباب في الرّبّا بين الوالد والولد وقد يستشعر من الخبر في الزّكاة يعطى منها الأخ والأخت والعمّ والعمة والخال والخالة ولا يعطى الجدّ والجدّة خصوصاً بعد استفادة النصوص وانعقاد الاجماع على حرمتها لواجبي النفقة ، فليس النهي عن إعطائهما إلا لوجوب نفقتهما .

و يمكن أن يقال : المستفاد من الدّليل حرمة الزّكاة لكلّ من وجب نفقته لا أنّ من لا يجوز إعطاؤه الزّكاة يكون من الأقارب التي يجب نفقتها ، والمستفاد من الأخبار المذكورة لزوم النفقة على المذكورين و ما يظهر من بعضها من إضافة الوارث الصغير محمول على الاستحباب بقرينة غيره و من جهة استفادة النصوص في إعطائه الزّكاة المنافي لوجوب الإنفاق عليهم .

وأما استحباب الإنفاق على الأقارب عدا من ذكر فيدلّ عليه ما رواه الصدوق في الخصال بسنده عن زكريّا المؤمن رفعه إلى أبي عبد الله عليه السلام قال : « من عال ابنتين أو اثنتين أو عمّتين أو خاليتين حجبتاه من النار باذن الله » .^(١)

و في تفسير الامام العسكري عليه السلام في قوله : « و ممّا رزقناهم ينفقون » قال : من الزّكاة والصدقات والحقوق اللّازمات - إلى أن قال - وذوي الأرحام القريبات والآباء والأمهات ، و كالنفقات المستحبة على من لم يكن فرضاً عليهم النفقة من سائر القربات - الحديث » .

وَأَمَّا تَأْكِدُ الِاسْتِحْبَابِ فِي خُصُوصِ الْوَارِثِ فَيُمْكِنُ اسْتِفَادَتُهُ مِنْ خَبَرِ غِيَاثٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ : « أُنْثِيَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ يَتِيمٌ قَالَ : خَذُوا بِنَفَقَتِهِ أَقْرَبَ النَّاسِ مِنْهُ مِنَ الْعَشِيرَةِ مِمَّنْ يَأْكُلُ مِيرَاثَهُ » ^(١) .

وَمَا فِي صَحِيحِ الْحَلَبِيِّ الْمَذْكُورِ مِنْ قَوْلِهِ « وَالْوَارِثُ الصَّغِيرُ » ^(٢) .
وَلَعَلَّ التَّفْسِيرَ بِالْأَخِ وَابْنِ الْأَخِ وَغَيْرِهِ مِنَ الرَّأْيِ .

وَيَشْتَرِطُ فِي الْوُجُوبِ الْفَقْرُ وَالْعِجْزُ عَنِ الْاِكْتِسَابِ . وَلَا تَقْدِيرُ لِلنَّفَقَةِ بَلْ يَجِبُ بِذَلِكَ الْكِفَايَةُ مِنَ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ وَالْمَسْكَنِ . وَنَفَقَةُ الْوَلَدِ عَلَى الْأَبِ وَمَعَ عَدَمِهِ أَوْفَقَرُهُ فَعَلَى أُمِّ الْأَبِ وَإِنْ عَلَامَرْتَبًا ، وَمَعَ عَدَمِهِمْ تَجِبُ عَلَى الْأُمِّ وَآبَائِهَا الْأَقْرَبُ فَلَا اقْرَبَ ، وَلَا تَقْضَى نَفَقَةُ الْأَقْرَبِ لَوْفَاتٍ ^(٣) .

أَمَّا اشْتِرَاطُ الْفَقْرِ فَادْعَى عَلَيْهِ الْأَجْمَاعُ ، وَأَدْلَةُ وَجُوبِ النَّفَقَةِ مَنْصَرَفَةٌ إِلَى صُورَةِ الْفَقْرِ ، وَأَمَّا اشْتِرَاطُ الْعِجْزِ عَنِ الْاِكْتِسَابِ فَلَا أَنْ الْقَادِرَ لَا يَعْدُ مِنَ الْفُقَرَاءِ وَحُكْمٌ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ بِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ لِلزَّكَاةِ فَعَنِ النَّبِيِّ عليه السلام « لَاحِظٌ فِي الصَّدَقَةِ لَغْنِيٌّ وَلَا لِقْوِيٌّ مَكْتَسِبٌ » إِلَّا أَنْ يُقَالَ : ظَاهِرُ هَذَا الْخَبَرِ نَفْيُ الْحِظِّ فِي الصَّدَقَةِ لِلْقَوِيِّ الْمَكْتَسِبِ بِالْفِعْلِ لَا مَنْ يَقْدِرُ عَلَى الْاِكْتِسَابِ اللَّائِقِ بِحَالِهِ الْمَعْرُوضِ عَنْهُ ، لَكِنْ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ يَظْهَرُ مِنْ بَعْضِ الْأَخْبَارِ نَفْيُ الصَّدَقَةِ لَذِي مَرَّةٍ ^(٣) .

وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ : الْعَمْدَةُ فِي الْمَقَامِ دَعْوَى الْاِنْصِرَافِ وَلَمْ نَعُثْ فِي الْأَخْبَارِ التَّقْيِيدَ بِالْفَقْرِ وَالْعِجْزِ عَنِ الْاِكْتِسَابِ بِخِلَافِ بَابِ الزَّكَاةِ فَدَعْوَى الْاِنْصِرَافِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْقَادِرِ عَلَى الْاِكْتِسَابِ اللَّائِقِ بِحَالِهِ الْمَعْرُوضِ عَنْهُ مُشْكَلَةٌ إِلَّا أَنْ يَدَّعَى عَدَمَ الْاِطْلَاقِ فِي الْأَدْلَةِ وَهُوَ بَعِيدٌ جَدًّا .

وَلَا تَقْدِيرُ لِلنَّفَقَةِ الْأَقْرَبِ بَلْ إِطْلَاقُ الْأَدْلَةِ يَقْتَضِي الْاِقْتِصَارَ عَلَى قَدْرِ الْكِفَايَةِ مِنَ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ وَالْمَسْكَنِ مِمَّا يَلِيقُ بِحَالِ الْمُنْفَقِ عَلَيْهِ وَقَدْ فُرِّقَ بَيْنَ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ وَنَفَقَةِ

(١) الكافي ج ٢ ص ١٣ والتهذيب ج ٢ ص ٨٩ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٨٩ .

(٣) راجع الكافي ج ٢ ص ٥٦٣ .

الأقارب حيث إن نفقة الزوجة بالنسبة إلى القوت بنحو التملك وفي الكسوة خلاف بخلاف نفقة الأقارب فإنها بنحو الامتاع حتى بالنسبة إلى القوت ، ونوقش بأن مقتضى صحيح شهاب المتقدم الذي هو العمدية في اعتبار الملك هناك عدم الفرق بين الزوجة وغيرها في ملك الطعام منها لقوله عليه السلام «و ليقدر لكل إنسان منهم قوته إن شاء و هبه و إن شاء تصدق به» قلت : قد سبق الاشكال في استفادة لزوم الانفاق على نحو التملك بالنسبة إلى الزوجة من الصحيح المذكور بل يصدق الإمساك بالمعروف مع عدم الملكية أيضاً إلا أن يدعى الإجماع ، و أما الترتيب المذكور في كلماتهم من تقدم الأب على أب الأب وإن علامرتباً ومع عدمهم على الأم فاستدل على تقدم الأب على الأم بقوله تعالى «فإن أَرْضَعْنَكُمْ - النخ» قلت : الأولى أن يقال : لم يذكر في الأخبار الدالة على لزوم نفقة الأقارب الأم ومع عدم الآباء لزوم النفقة على الأم لا بد أن يكون من جهة دعوى الإجماع فمقتضى الأصل البراءة .

واستدل لتقدم الأب على أب الأب بآية «اولوا الأرحام» وقول أمير المؤمنين صلوات الله عليه في الخبر السابق على المحكي : «خذوا بنفقته أقرب الناس منه في العشيرة كما يأكل ميراثه» ويشكل شمول الآية الشريفة لمثل المقام ولازمه تقدم الأم على الجد ولا يقولون به ، و قول أمير المؤمنين صلوات الله عليه على المحكي محمول على الاستحباب فكيف يستدل به على الوجوب ، وأيضاً لازمه تقدم الأم على الجد فلا بد من التمسك بالإجماع إن تم .

و أما عدم القضاء مع فوت نفقة الأقارب فادعى عليه الإجماع وقد يعلل بأن وجوب الانفاق عليهم حكم تكليفي وليس من قبيل الدين اللازم قضاءه بل النفقة مواساة لسد الخلة ولولا الإجماع أشكل التفرقة بحسب الأخبار بين نفقة الزوجة و نفقة الأقارب خصوصاً مع ملاحظة صحيح شهاب بن عبد ربه المذكور .

و أما المملوك فنفقته واجبة على مولاه و كذا الأمة و يرجع في قدر النفقة إلى عادة ممالك أمثال المولى و يجوز مخارجة المولى على شيء فما فضل يكون له فإن كفاه وإلا أتمه المولى . وتجب النفقة على البهائم المملوكة فإن امتنع مالكها جبر على

بيعها أو ذبحها إن كانت مقصودة بالذبح * .

لا خلاف في وجوب النفقة للعبد والأمة ويدل عليه ما روى ثقة الاسلام في الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجاج عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « خمسة لا يعطون من الزكاة شيئاً : الأب والأم والولد والمرأة والمملوك وذلك أنهم عياله لازمون له » ^(١) .
و عن جميل بن دراج في الصحيح أو الحسن قال : « لا يجبر الرجل إلا على نفقه الأبوين والولد - الحديث » ^(٢) .

و روى الصدوق في الأموال عن عبدالله بن الصلت عن عدة من أصحابنا يرفعونه إلى أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : « خمسة لا يعطون من الزكاة : الولد والوالدان والمرأة والمملوك لأنه يجبر على النفقة عليهم » .

ولا فرق بين المملوك بين الصغير والكبير والصحيح والأعمى والمديتر والمرهون والمستأجر وغيره ، وكذا لا فرق بين كسوب وغيره ، لكن متى كان كسوباً يخير المولى بين الإنفاق عليه من ماله وأخذ كسبه وبين الإنفاق عليه من كسبه ، ويمكن أن يقال إذا ملك العبد كما لو أوصى له بمال وقلنا بأنه يملك ويكون محجوراً في التصرفات فلا دليل على وجوب نفقته بل حاله حال الأقارب إذا كانوا أغنياء وكونه محجوراً لا يوجب كون النفقة على المولى كالصغير المالك حيث يصرف الولي ماله في نفقته ومع لزوم النفقة لا تقدير فيها بل الواجب قدر الكفاية من إطعام وادام وكسوة ولم يظهر وجهها في المتن من الرجوع إلى عادة ممالك أمثال المولى حيث إن أمثال المولى ربما يوسعون في نفقات ممالكهم فيجب على المولى التوسعة على هذا ولا دليل عليه ويجوز مغارضة المولى بأن يضرب على المملوك ضريبة في كل يوم أو مدّة يؤدّيها للمولى ويجعل الفاضل له إذا رضى المملوك بالاخلاف ظاهراً .

و يدل عليه صحيح عمر بن يزيد « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له وقد كان مولاه يأخذ منه ضريبة فرضها عليه في كل سنة ورضي بذلك

(١) الكافي ج ٣ ص ٥٥٣ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٥١٢ .

المولى فأصاب المملوك في تجارته مالا سوى ما كان يعطوه مولاه من الضريبة ، قال : فقال :
 إذا أدنى إلى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك ، ثم قال
 أبو عبد الله عليه السلام : أليس قد فرض الله على العباد فرائض فإذا أدوها لم يسألهم عما سواها ،
 قلت له : فلم يملك أن يتصدق بما اكتسب ويعتق بعد الفريضة التي كان يؤدّيها إلى
 سيده؟ قال : نعم واجب ذلك له ، قلت : فإن اعتق مملوكا مما اكتسب سوى الفريضة لمن يكون
 ولاء المعتق؟ فقال : يذهب فيتوالى إلى من أحبّ فإذا ضمن جريسته وعقله كان مولاه
 وورثه ، قلت له : أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله : «الولاء لمن أعتق»؟ قال : فقال :
 هذا سائبة لا يكون ولاؤه لعبد مثله ، قلت : فإن ضمن العبد الذي أعتقه جريسته وحدثه
 أيلزمه ذلك و يكون مولاه و يرثه؟ قال : فقال : لا يجوز ذلك لا يرث عبدٌ حرّاً ،^(١)
 فإن فضل قدر كفايته وكله إليه وإلا كان على المولى التمام وهل لابدّ من أن يكون
 ذلك برضى المملوك أو يجوز لمولاه إجباره؟ الظاهر الثاني لجواز إجبار العبد على أمر
 ليس شاقاً على العبد تحمّله لأنّه مملوكٌ له و يجوز إجباره على الخدمة و تكسيبه
 نظير الخدمة .

ثم إنّه هل يتعيّن أن يكون نفقة العبد ممّا يملك من فاضل الضريبة أو يكون
 الأمر بيد المولى فيجوز له منعه من التصرف في الفاضل و يعطى نفقته من مال نفسه
 الذي يظهر من هذا الصحيح أنّ ما اكتسب العبد سوى الضريبة يتصرف فيه بالاستقلال
 ولا يحتاج إلى إجازة المولى فيكون مستغنياً عن المولى كالغريب المستغنى ، و على فرض
 الاحتياج إلى الإذن قد سبق أنّ دليل وجوب النفقة بشكل شموله لمثله .

وأما البهائم المملوكة فنفقته واجبة بلا خلاف ظاهر أسواء كانت مأكولة أو لم تكن ،
 و سواء انتفع بها أولاً و قد يستدلّ عليه بما رواه في الكافي عن السكوني عن أبي عبد الله
عليه السلام قال : «للدابة على صاحبها سنة حقوق : لا يحملها فوق طاقتها ، ولا يتخذ ظهرها
 مجالس يتحدث عليها ، و يبدء بعلفها إذا نزل ، ولا يسمها ، ولا يضربها في وجهها فإنّها

تسبح ، و يعرض عليها الماء إذا مرّ به ، ^(١) .

و روي في الفقيه عن السكوني^٢ بإسناده قال : « قال رسول الله ﷺ : للدابة على صاحبها خصال : يبدء بعلفها إذا نزل ، ويعرض عليها الماء إذا مرّ به ، ولا يضرب وجهها فإنها تسبح بحمد ربّها ، ولا يقف على ظهرها إلا في سبيل الله ، ولا يحملها فوق طاقتها ، ولا يكلفها من المشي إلا ما تطيق » ^(٢) إلى غير ذلك من الأخبار .

و يشكل استفادة الوجوب ممّا ذكر ، قالوا : وإن امتنع المالك أجبر على بيعها أو ذبحها إن كانت مقصودة بالذبح ، فإن تمّ الإجماع على ما ذكر فلا إشكال ، إلا فلا يخلو ما ذكر عن الإشكال للسؤال عن الفرق بين حفظ البهيمة من التلف و بين حفظ ساير الأموال مع امتناع مالِكها عن حفظها . والحمد لله ربّ العالمين أوّلاً و آخراً .



(١) المصدر ج ٦ ص ٥٣٧ .

(٢) المصدر كتاب الحج باب حق الدابة على صاحبها تحت رقم ١ .

كتاب الطلاق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

كتاب الطلاق والنظر في أركانه وأقسامه ولواحقه

الركن الأول في المطلق ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار والقصد ، فلا اعتبار بطلاق الصبي ، وفي من بلغ عشرين رواية بالجواز فيها ضعف ، ولو طلق عنه الولي لم يقع إلا أن يبلغ فاسد العقل ، ولا يصح طلاق المجنون ولا السكران ولا المكره ولا المنضب مع ارتفاع القصد .

من الشرائط المعتبرة في المطلق في الجملة البلوغ بلا خلاف ظاهراً فلا اعتبار بطلاق الصبي قبل بلوغ العشر ، والأخبار الخاصة في المقام منها ما رواه في الكافي عن النوفلي ، عن السكوني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه أو الصبي أو مبرسم أو مجنون أو مكره » (١) .

و عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « ليس طلاق الصبي بشيء » (٢) .

و عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا يجوز طلاق الصبي ولا السكران » (٣) .

(١) المصدر ج ٦ ص ١٢٦ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ١٢٤ .

و في الفقه الرضوي « والغلام إذا طلق للسنة فطلاقه جائز » .
و عن الشيخ في النهاية و ابن البرقاج و ابن حمزة و غيرهم صحة طلاق من بلغ
عشر سنين .

ويدل عليه ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن ابن أبي عمير، عن بعض رجاله
عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين » .

وما رواه في الكافي والفقهاء عن سماعة في الموثق قال : « سألت عن طلاق الغلام ولم يحتمل
و صدقته فقال : إذا طلق للسنة و وضع الصدقة في موضعها و حقها فلا بأس و هو جائز » ، (١) .
و ما رواه في الكافي في الموثق ، عن ابن بكير ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « يجوز
طلاق الغلام إذا كان قد عقل و وصيته و صدقته و إن لم يحتمل » ، (٢) .

وما رواه الشيخ بطريقه عن علي بن الحسن بن علي بن فضال عن يعقوب بن يزيد،
عن ابن أبي عمير ، عن جميل بن دراج ، عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : « يجوز
طلاق الغلام إذا كان قد عقل و صدقته و وصيته و إن لم يحتمل » ، (٣) .

و قد يجمع بين الأخبار بحمل ما دل على عدم جواز طلاق الصبي على من لم
يبلغ عشر سنين أو بلغ و لكن لا يعقل والأخبار المجوزة على البالغ عسراً و هو يعقل،
و يشك من جهة أن الصبي قبل التمييز ليس مورداً لأخبار الطرفين كما لا يخفى و بعد التمييز
مع تساوي الأفراد الباقية تحت المطلق والخارجة من جهة التقييد كيف يحكم بالنفي
والإثبات بنحو بيان القانون فمع اعتبار ما دل على جواز طلاق الصبي بعد بلوغ العشر
من جهة اعتماد مثل الشيخ وغيره يقع التعارض ولا يبعد الترجيح مع ما دل على عدم
الجواز بملاحظة حديث الرافع الشامل للأحكام التكليفية والوضعية .

لا يقال : كيف يكون الصبي قبل التمييز خارجاً عن مورد الأخبار وقد ذكر -
المجنون أيضاً في الأخبار لأن المجنون مراتب و لعل النظر إلى بعض مراتبه بحيث
يكون المجنون مميزاً ، ثم بعد اعتبار البلوغ لو طلق الولي عنه لم يقع ، وادعى عليه

(٢٩١) المصدر ج ٦ ص ١٢٤ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ . والاستبصار ج ٣ ص ٣٠٣ .

الإجماع واستدل عليه بالنبوي المقبول «الطلاق بيد من أخذ بالساق، فإن تم الإجماع و
إلا أمكن الخدشة بأن دليل الولاية له الحكومة و لذا نقول بأن ولاية الولي بالنسبة
إلى الفاسد العقل بعد البلوغ ليس تخصيصاً للنبوي المذكور و كذا الوكالة ، والأولى
الاستدلال بالأخبار الخاصة منها ما رواه في الكافي عن الفضل بن عبد الملك قال : سألت
أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير قال : لا بأس ، قلت : يجوز طلاق
الأب ؟ قال : لا ، ^(١) .

و ما رواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام « في
الصبي يتزوج الصغيرة يتوارثان ؟ قال : إذا كان أبواهما اللذان زوجها ف نعم ، قلت :
فهل يجوز طلاق الأب ؟ قال : لا ، ^(٢) .

و عن عبيد بن زرارة في الموثق مثله ^(٣) .

و لو بلغ فاسد العقل جاز للمولى أن يطلق عنه مع مراعاة الغبطة بناء على لزوم
مراعاة الغبطة في تصرفات الولي ولا يبعد الأخذ بالاطلاقات و عدم لزوم المراعاة غاية
الأمر مراعاة عدم المفسدة لأن الله تعالى : لا يحب الفساد نعم في خصوص مال اليتيم
مقتضى قوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن » مراعاة الغبطة و يدل
على جواز الطلاق للولي ما رواه ثقة الإسلام والشيخ في الصحيح عن أبي خالد القمّاط
قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل الأسبق الذّاهب العقل أيجوز طلاق وليه
عليه ؟ قال : ولم لا يطلق هو ؟ قلت : لا يؤمن إن طلق هو أن يقول غداً : لم أطلق أولاً
يحسن أن يطلق ، قال : ما أرى وليه إلا بمنزلة السلطان ، ^(٤) .

و ما رواه في الكافي والفتاوى إن أبي خالد قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل
يعرف رأيه مرّة و ينكر أخرى يجوز طلاق وليه عليه ؟ قال : ماله هو لا يطلق ؟ قلت :
لا يعرف حدّ الطلاق ولا يؤمن عليه إن طلق اليوم أن يقول غداً : لم أطلق ؟ قال : ما

(١) المصدر ج ٥ ص ٢٠٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ .

(٣) والكافي ج ٦ ص ١٢٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ .

أراه إلا بمنزلة الإمام - يعني الولي ، ^(١) .

وما رواه في الكافي عن أبي خالد القمّاط عن أبي عبد الله عليه السلام في طلاق المعتوه قال : يطلق عنه وليّه فإنّي أراه بمنزلة الإمام ، ^(٢) .

و عن شهاب بن عبد ربّه قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام : المعتوه الذي لا يحسن أن يطلق يطلق عنه وليّه على السنّة - الحديث ، ^(٣) » وفي المتن لا يصحّ طلاق المجنون ولا السكران ولا المكره ولا الم غضب مع ارتفاع القصد ويشكل حملّه على ما هو الظاهر منه من ارتفاع القصد حيث إنّ الطلاق من الإيقاعات المحتاجة إلى القصد فمع عدم القصد المقوّم للإشياء لا يناسب التعبير بعدم الصّحة كما لا يخفى ، فالظاهر أنّ المراد من ارتفاع القصد ارتفاع قصد تحقق الطلاق في الخارج نظير ما ذكر في بيع المكره من أنّه غير قاصد لوقوع ما أكره عليه في الخارج ، فالقصد المقوّم للإشياء متحقق وعلى هذا صحّ اشتراط القصد في صّحة الطلاق .

و يدلّ على عدم صّحة طلاق المجنون والمكره خبر النوفليّ المتقدّم المروي في الكافي ، وعلى عدم صّحة طلاق السكران خبر أبي بصير المتقدّم .
و يدلّ على اعتبار القصد بالمعنى المذكور رواية زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال : « لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق ، ^(٤) » .

و رواية هشام بن سالم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق ، ^(٥) » .

وفي رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال : « لا يقع الطلاق بإكراه ولا إجبار ، ولا على سكر ، ولا على غضب ، ^(٦) » ويمكن أن يقال في صورة الإكراه

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٥ . والفقيه باب طلاق المعتوه تحت رقم ٣ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ١٢٦ .

(٣) « د » ص ١٢٥ .

(٤) « د » ص ٦٢ .

(٥) « د » ص ٦٢ .

(٦) الفقيه باب طلاق السنة تحت رقم ٥ .

والسكر والغضب قصد تحقق الطلاق في الخارج متحقق ففي صورة الإكراه كثيراً لا يتوجه المكروه إلى أن له النفسى بعدم القصد وكذلك في صورة الإيجابان كان الإيجاب غير الإكراه وفي صورة الغضب والسكر يتحقق القصد المذكور ، لكن المطلق لا يتوجه إلى الصلاح والفساد وعواقب الأمر وفي غير حال الغضب والسكر كثيراً لا يتوجه المطلق إلى التوالى والعواقب ولهذا يحصل الندم بعد الوقوع و مثل ما ذكر كيف يوجب الفساد إلا أن يقال: مقتضى الأخبار المذكورة عدم صحة الطلاق في حال السكر والغضب والإكراه وإن تحقق قصد تحقق الطلاق والجد بوقوعه في الخارج لكن هذا خلاف ما ذكروا من أنه لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً يقع صحيحاً كما اختاره العلامة في التحرير و جزم به الشهيد الثاني وكل حصول اللفظ والقصد وان قصد الإكراه فيه عليه فلو لا حصول القصد لما قصد إليه ، وقيل بالبطلان وأيد بقوله عليه السلام في رواية يحيى بن عبدالله بن الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سمعته يقول : لا يجوز الطلاق في استكراه ، ولا يجوز يمين في قطيعة رحم - إلى أن قال - وإنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه ولا إضرار ، ^(١) حيث يظهر منه أنه مع إرادة الطلاق إن كان مع الاستكراه أو الإضرار لا يصح » وقد يقال توضيح الأقسام المتصورة في الفرع المذكور أن الإكراه الملحق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به .

أما أن لا يكون له دخل في الفعل فلا إشكال في صحة الطلاق وكذا لو لم يكن الإكراه مستقلاً في داعي الوقوع بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل وإن كان الداعي هو الإكراه ، وأما أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوعد به بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكروه بالكسر كمن قال له ولده : طلق زوجتك وإلا قتلتك أو قتلت نفسي فطلق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه أو قتل الغير له إذا تعرض لقتل والده أو كان الداعي على الفعل شفقة دينية على المكروه بالكسر أو على المطلقة أو على غيرها ممن يريد نكاح الزوجة لثلاً يقع الناس في محرّم والحكم في صورتين

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٢٧ والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ .

لا يخلو عن إشكال ، وإن كان الدّاعي التخلّص من الضرر لاعتقاد المكره أنّ الحذر لا يتحقّق إلّا بإيقاع الطلاق حقيقة فيوقع الطلاق قاصداً أو من جهة جهله بالحكم فزعم أنّ الطلاق يقع مع الإكراه فقصد وقوعه . والحكم في هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال إلّا أنّ تحقّق الإكراه أقرب .

ويمكن أن يقال : الظاهر أنّ مادلّ على عدم صحّة بيع المكره أو طلاق المكره كحديث الرّفيع أو الأخبار الخاصّة بمورده صورة تامميّة مثل البيع أو الطلاق من جهة القصد الجدّي بالوقوع في الخارج لأنّه مع عدم القصد لم يكن الفساد من جهة الإكراه و ظاهر الأدلّة أنّ وجه الرّفيع أو عدم الصحّة تحقّق الإكراه و يشهد لهذا رواية يحيى ابن عبد الله المذكورة ، فمذكّر من أنّه لو طلق ناوياً - الخ كأنّه فرض خارج عن الإكراه أو يشكّ في خروجهما الحال أنّه هو مورد مثل رفع ما استكرهوا عليه ومورد الأدلّة الخاصّة وأمّا الصور المذكورة في التوضيح المذكور فلا إشكال في الصورة الأولى منها وأمّا صورة عدم استقلال الإكراه في الدّاعويّة فيشكل الحكم بالصحّة فيها وإلّا لزم صحّة طلاق إحدى الزّوجات المعيّنة حيث وقع الإكراه على أصل الطلاق من دون تعيين و كان التعيين باختيار الزّوج و صحّة بيع أحد المالين باختياره مع وقوع الإكراه على أصل البيع من دون تعيين ، والالتزام بالصحّة كما ترى .

و أمّا ما ذكر من الاشكال في الصورتين قبل الصورتين الأخيرتين فيمكن رفعه بعدم الفرق بين الصورتين و بين ما لو أوقع الطلاق مخافة قتل الولد نفسه أو مخافة وقوع الزّوجة أو الغير ممّن يريد ازدواجها في المحرّم من دون إكراه عن أحد فإن كان الدّاعي نفس الإكراه فلا إشكال في كون الطلاق مكرهاً عليه وإن كان مع القصد الجدّي بوقوعه وإن كان الدّاعي عدم وقوع المبحذور بلا توسط الإكراه في الدّاعويّة فالظاهر عدم صدق الإكراه وإلّا لزم بطلان بيع ماله لحفظ نفسه و عياله مع أنّه يشقّ عليه بيع مثل داره بحيث لولا جهة حفظ النفس لما أقدم على البيع و بطلان البيع كما ترى .

و أمّا الصورتان الأخيرتان فلا إشكال في صدق الإكراه فيهما وبطلان الطلاق بل مورد الأخبار صورة القصد الجدّي بالوقوع .

الرُّكن الثاني في المطلقة ، و يشترط فيها الزَّوجِيَّة والدَّوام والطهارة من الحيض والنفاس إذا كانت مدخولاً بها و زوجها حاضراً معها ، ولو كان غائباً صح . وفي قدر الغيبة اضطراب محصله انتقالها من طهر إلى آخر . ولو خرج في طهر لم يقربها فيه صح طلاقها من غير تربص ولو اتفق في الحيض . والمحبوس عن زوجته كالغائب . أما اشتراط الزَّوجِيَّة فلا إشكال فيه و تدلُّ عليه الأخبار منها ما رواه في الكافي عن عبدالله بن سليمان ، عن أبيه قال : « كنّا في المسجد فدخل عليّ بن الحسين عليه السلام ولم أثبتّه و عليه عمامة سوداء قد أرسل طرفيها بين كتفيه ، فقلت لرجل قريب المجلس مني : من هذا الشيخ ؟ فقال : مالك لم تسألني عن أحد دخل المسجد غير هذا الشيخ ؟ فقلت : لم أر أحداً دخل المسجد أحسن هيئة في عيني من هذا الشيخ ، فقال : إنّه عليّ بن الحسين عليه السلام . فقمّت وقام الرَّجُل و غيره فاكتنفناه و سلّمنا عليه فقال له الرَّجُل : ما ترى في رجل سمى امرأة بعينها و قال يوم يتزوجها طالق ثلاثاً ثمّ بدّاه أن يتزوجها أيسلح له ذلك ؟ فقال : إنّما الطلاق بعد النكاح . قال عبدالله : فدخلت أنا و أبي عليّ أبي عبدالله جعفر بن محمد عليهما السلام فحدثته أبي بهذا الحديث فقال له أبو عبدالله عليه السلام : أنت تشهد عليّ عليّ بن الحسين عليهما السلام بهذا الحديث ؟ قال : نعم ، (١) .

و منها ما رواه الصدوق في الصحيح عن حماد ، عن الحلبيّ ، عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه « سئل عن رجل قال : كل امرأة أتزوجها ما عاشت أمتي فهي طالق ، فقال : لا . طلاق إلا بعد نكاح ، ولا عتق إلا بعد ملك ، (٢) .

و أمّا اعتبار الدَّوام في الزَّوجِيَّة فلا خلاف فيه ظاهراً و يدلُّ عليه ما دلَّ عليّ لزوم كون المحلل ناكحاً للمطلقة ثلاثاً بالنكاح الدائم بملاحظة قوله تعالى « فإن طلقها - النخ ، حيث إنّّه لا طلاق في المنعة كالصحيح أو الحسن المروي في الكافي عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : « سألته عن رجل طلق امرأته ثلاثاً ، ثمّ تمتّع منها رجلاً آخر

(١) المصدر ج ٦ ص ٦٣ .

(٢) الفقيه باب طلاق السنة تحت رقم ٣ .

هل تحل للأوّل؟ قال : لا ، (١) .

و ما رواه الشيخ في التهذيب عن الصيقل عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قلت له رجل طلق امرأته طلاقاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فيتزوجها رجل متعة أتحل للأوّل؟ قال : لا لأن الله تعالى يقول : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها ، والمتعة ليس فيها طلاق » ، (٢) .

و أما اشتراط الطهارة من الحيض والنفاس إذا كانت مدخولاً بها و زوجها حاضر معها فلا خلاف فيه ظاهراً بيننا و يدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد الحلبي قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « الرجل يطلق امرأته و هي حائض؟ قال : الطلاق على غير السنة باطل » ، (٣) .

و ما رواه في الكافي عن الحلبي قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلق امرأته و هي حائض ؛ فقال : الطلاق بغير السنة باطل » ، (٤) .

و أما التقييد بكونها مدخولاً بها و حضور الزوج معها فلاخبار الدالة على أن خمساً يطلقن على كل حال منها ما رواه في الكافي ، عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا بأس بطلاق خمس على كل حال : الغائب عنها زوجها ، و التي لم تحض ، و التي لم يدخل بها ، و الحلبي ، و التي قد يشمت من الحيض » ، (٥) .

و ما رواه المشايخ الثلاثة عن إسماعيل بن جابر الجعفي عن أبي جعفر عليه السلام قال : « خمس يطلقهن على كل حال : العاملة المتبين حملها ، و التي لم يدخل بها

(١) المصدر ج ٥ ص ٢٢٥ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٢٥٩ والاستبصار ج ٣ ص ٢٧٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٥٨ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٧٩ .

زوجها ، والغائب عنها زوجها ، والتي لم تحض ، والتي يشمت من الحيض ، ^(١) .
وما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم و زرارة وغيرهما عن أبي جعفر وأبي
عبدالله عليهما السلام قال : « خمسٌ يطلقهن أزواجهن متى شاء : الحامل المستبين حملها ،
والجارية التي لم تحض ، والمرأة التي قعدت من الحيض ، والغائب عنها زوجها ، والتي
لم يدخل بها » ^(٢) .

ثم إنه وقع الاضطراب في قدر الغيبة فالمحكى عن الشيخ المفيد و سلار ، و
علي بن الحسين بن بابويه و ابن أبي عقيل - قد ست أسرارهم - جواز طلاق الغائب إذا
كانت بحيث لا يمكن استعمال حالها من غير تربص و المحكى عن الصدوق قدس سره
إذا أراد الغائب أن يطلق زوجته في غيبته التي إذا غابها كان له أن يطلق متى شاء أقصاه
خمسة أشهر أو ستة أشهر ، أو سطره ثلاثة أشهر و أدناه شهر ، و قال الشيخ في النهاية « و
متى لم يكن دخل بالمرأة و طلقها وقع الطلاق و إن كانت حائضاً و كذلك إن كان غائباً
شهرًا فساعدًا وقع طلاقه إذا طلقها و إن كانت حائضاً . و قال في موضع آخر منها : « إذا
خرج إلى السفر و قد كانت طاهراً طهراً لم يقربها فيه بجماع جازله أن يطلقها أي
وقت شاء و متى كانت طاهراً طهر قد قربها فيه بجماع فلا يطلقها حتى يمضي ما بين شهر
إلى ثلاثة أشهر ثم يطلقها بعد ذلك أي وقت شاء ، فلنرجع إلى الأخبار الواردة في المقام
و قد ذكر الأخبار المطلقة . و منها ما رواه في الكافي في الموثق عن إسحاق عن أبي عبدالله
عليه السلام قال : « الغائب إذا أراد أن يطلقها تركها شهرًا » ^(٣)

و عن حميد ، عن ابن سماعة قال : « سألت محمد بن أبي حمزة متى يطلق الغائب؟
قال : حدثني إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام أو أبي الحسن عليهما السلام قال : « إذا مضى
له شهر » ^(٤) .

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٩ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٤ و الفقيه باب اللاتى يطلقن على كل

حال تحت رقم ١ واللفظ له .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٩ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٨٠ .

(٤) المصدر ج ٦ ص ٨١ .

وما رواه الشيخ في الصحيح عن جميل بن درّاج ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
 « الرجل إذا خرج من منزله إلى السفر فليس له أن يطلق حتى تمضي ثلاثة أشهر » ^(١) .
 وما رواه في الفقيه عن إسحاق بن عمار في الموثقة قال : « قلت لأبي إبراهيم عليه السلام :
 الغائب الذي يطلق كم غيبته ؟ قال : خمسة أشهر أو ستة أشهر ، قلت : حدّ دون ذا ؟
 قال : ثلاثة أشهر » ^(٢) .

وما رواه في الكافي عن بكير في الحسن قال : « أشهد على أبي جعفر عليه السلام أنني
 سمعته يقول : الغائب يطلق بالأهلة و الشهور » ^(٣) .
 وقد يجعل هذه الأخبار منحصّة للأخبار المطلقة و يحمل اختلاف الأخبار
 المنحصّة على اختلاف النساء بحسب عاداتهنّ حيث إنّ بعضهنّ ترى الدّم في كل شهر
 مرّة و بعضهنّ في شهرين أو ثلاثة أشهر أو يزيد مرّة ، ولا يخفى الإشكال في هذا الجمع
 لأنّ الغالب في النساء رؤية الدّم في كل شهر مرّة فكيف يحمل رواية جميل بن درّاج
 على غير الغالب و كذا رواية إسحاق بن عمار ، ثمّ إنّ كيف يقبل الأخبار المطلقة
 التخصيص مع التعبير بأنّه خمس يطلقن على كلّ حال ، فلولا مخالفة المشهور لأمكن
 حمل الأخبار المنحصّة على الاستحباب و يشهد له سؤال الرّواي في خبر إسحاق المذكور
 « حدّ دون ذا » و ظاهر الأخبار عدم الفرق بين صورة غيبة الزّوج و كون المرأة في حال
 الطهر الذي واقعها فيه و بين كونها طاهراً في طهر لم يواقعها فيه و بين كونها في حال
 الحيض فمع لزوم الأخذ بالأخبار المنحصّة الظاهر جواز الاكتفاء بمضي شهر لموثق
 إسحاق المذكور .

وقد يقال : إنّ النزاع في اعتبار المدّة و عدمها و في مقدارها على الأوّل في
 الغائب عنها في طهر الموافقة لمكان إرادة تعرّف الانتقال منه وعدمه لا مطلقاً ضرورة عدم

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٧ .

(٢) الفقيه باب طلاق الغائب تحت رقم ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٧٩ .

مدخلية المدّة كائنة ما كانت في تعرف حيضها وعدمه حاله .

ويمكن أن يقال : لم يظهر من الأخبار المذكورة كون العلة تعرف الانتقال حتى يتوجه ما ذكر وإن أمكن كونه حكمة ، ألا ترى اختلاف الأخبار في المدّة فمع تعرف الانتقال لمضي شهرين لاجابة إلى الغيبة إلى مضي ثلاثة أشهر أو خمسة أشهر أو ستة أشهر .

وأما كون المحبوس كالغائب فاستدلّ عليه بما رواه في الكافي ورواه في الفقيه في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوّجت امرأة سرّاً من أهلها وهي في منزل أهلها وقد أراد أن يطلقها وليس يصل إليها ليعلم طمئنها إذا طمئت ولا يعلم بطهرها إذا طهرت ، قال : فقال : هذا مثل الغائب عن أهله يطلقها بالأهله والشهور ، قلت : أرأيت إن كان يصل إليها إلا حياناً ولا حياناً لا يصل إليها فيعلم حالها كيف يطلقها ؟ فقال : إذا مضى له شهر لا يصل إليها فيه فيطلقها إذا نظر إلى غرة الشهر الآخر بشهود ويكتب الشهر الذي يطلقها فيه ويشهد على طلاقها رجلين ، فإذا مضى ثلاثة أشهر فقد بانت منه ، وهو خاطب من الخطاب وعليه نفقتها في تلك الثلاثة الأشهر التي تعتدّ فيها ، ^(١) .

وما رواه في الكافي عن الحسن بن عليّ بن كيسان قال : « كتبت إلى الرّجل عليه السلام أسأله عن رجل له امرأة من نساء هؤلاء العامة وأراد أن يطلقها وقد كتمت حيضها و طهرها مخافة الطلاق ، فكتب عليه السلام يعتزلها ثلاثة أشهر و يطلقها . ^(٢) »

والظاهر حمل ثلاثة أشهر في هذا الخبر و تربص الأهله و الشهور في الخبر السابق محمولان على الاستعجاب و كفاية شهر واحد و يشهد لها بعض الأخبار السابقة و قوله عليه السلام على المحكمي في الخبر السابق « إذا مضى له لا يصل إليها - الخ » .

و يشترط رابعٌ وهو أن يطلق في طهر لم يجامعها فيه ويسقط اعتباره في الصغيرة

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٦ و اللفظ له و الفقيه باب طلاق السر تحت رقم ١ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ٩٨ .

والبائسة والحامل . أما المسترابة فإن تأخرت الحيضة صبرت ثلاثة أشهر ولا يقع طلاقها قبله وفي اشتراط تعيين المطلقة ترددٌ .

أما اشتراط كون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه الظاهر أنه مجمع عليه و يدل عليه الأخبار وقيل : إنها متواترة . فمنها ما رواه الشيخ في الصحيح عن عمر بن أذينة عن زرارة و محمد بن مسلم و بكير بن أعين و غيرهم عن أبي جعفر عليه السلام و عن ابنه بعد أبيه عليه السلام بصورة ما قالوا و إن لم أحفظ حروفه غير أنه لم يسقط جهل معناه : « أن الطلاق الذي أمر الله به في كتابه وسنة نبيته صلى الله عليه و آله أن المرأة إذا ما حاضت و طهرت من حيضها أشهد رجلين عدلين قبل أن يجامعها على تطليقه » . (١)

وما رواه في الكافي بالسند المذكور عن أبي جعفر و أبي عبدالله عليهما السلام قال : « إذا طلق الرجل في دم النفاس أو طلقها بعد ما يمستها فليس طلاقه إياها بطلاق » . (٢) و ما رواه في الكافي ، عن ابن أذينة في الصحيح ، عن بكير و غيره ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « كل طلاق لغير العدة فليس بطلاق أن يطلقها وهي حائض أو في دم نفاسها أو بعد ما يفشها قبل أن تحيض فليس طلاقها بطلاق - الحديث (٣) » ، إلى غير ذلك من الأخبار .

و أما سقوط اعتبار الشرط المذكور بالنسبة إلى المذكورات في المتن فلا خلاف فيه ظاهراً و تدل عليه جملة من الأخبار منها ما رواه في الكافي عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا بأس بطلاق خمس على كل حال : الغائب عنها زوجها ، والتي لم تحض ، والتي لم يدخل بها ، والحبل ، والتي قد يشمت (٤) » ، وغيره من الأخبار المذكورة السابقة . وما رواه في الخصال عن حماد بن عثمان في الصحيح ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « خمس يطلقن على كل حال : الحامل ، والتي قد يشمت من المحيض

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٨ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٠ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٦١ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٢٩ .

و التي لم يدخل بها ، و الغائب عنها زوجها ، و التي لم تبلغ المحيض ،^(١) .
و المذكور في غير المروي^٢ في الخصال « التي لم تحض » و الشيخ و من تأخر عنه
فهموا منه الصغيرة فجعلوها من الخمس ، واستشكل عليهم بأن « التي لم تحض لا تغنص »
بغير البالغة بل تشمل البالغة التي لم تر الدّم . و أجيب بأن المراد غير البالغة بملاحظة
التعبير في المروي^٣ في الخصال بالتي لم تبلغ المحيض .

و يمكن أن يقال : لا ظهور للتي لم تبلغ المحيض في خصوص غير البالغة وثانياً
لا استفاد منه نفى الحكم عن التي بلغت ولم تحض فإن ذكر فرد مورداً لا يوجب تخصيص
الحكم نعم استفاد أن المراد غير البالغة ، مما رواه في الكافي عن عبد الرحمن بن الحجاج
قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام : ثلاث يتزوجن على كل حال : التي لم تحض و مثلها
لا تحيض ، قال : قلت وما حدّها ؟ قال : إذا أتى لها أقل من تسع سنين ، والتي لم يدخل
بها ، و التي قديست من المحيض و مثلها لا تحيض ، قال : قلت : وما حدّها ؟ قال : إذا
كان لها خمسون سنة ،^(٢) .

و أمّا المسترابة والمراد منها من كانت في سن من تحيض ولا تحيض ، سواء كان عدم
الحيض خلقاً أو لعارض فمع تأخر الحيضة ثلاثة أشهر صحّ طلاقها ولا يقع قبل ثلاثة أشهر
ويدل عليه ما رواه ثقة الإسلام في الصحيح عن داود بن أبي يزيد العطار عن بعض أصحابه ،
عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن المرأة يستراب بها و مثلها تحمل و مثلها لا تحمل
ولا تحيض وقد واقعها زوجها كيف يطلقها إذا أراد طلاقها ؟ قال : ليمسك عنها ثلاثة
أشهر ثم يطلقها ،^(٣) .

و أمّا اشتراط تعيين المطلقة ففيه خلاف قد يقال بالبطلان مع عدم التعيين كأن
يقول : « إحدى زوجاتي طالق » أو يقول : « هذه طالق » أو هذه ، من جهة قول أبي
جعفر عليه السلام في صحيح محمد بن مسلم على المحكي : « إنما الطلاق أن يقول في قبل العدّة

(١) المصدر ج ١ ص ٢٠ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ٨٥ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ٩٧ .

بعد ما تطهر من حيضها قبل أن يجامعها « أنت طالق » أو « اعتدي » يريد بذلك الطلاق ويشهد على ذلك رجلين عدلين، وصدر هذه الرواية « أنه سأل أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته : أنت علي حرام أو بائنة أو بثة أو بريئة أو خلية قال : هذا كله ليس بشيء إنما الطلاق - النخ ، ^(١)

و خبر محمد بن أحمد بن المطهر قال : كتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السلام أني تزوجت بأربع نسوة و لم أسأل عن أساميهن ثم أني أردت طلاق إحداهن و أتزوج امرأة أخرى ؟ فكتب عليه السلام إلي : انظر إلى علامة إن كانت بواحدة منهن فتقول : أشهدوا أن فلانة التي بها علامة كذا وكذا هي طالق ، ثم تزوج الأخرى إذا انقضت العدة ، ^(٢)

مضافاً إلى استصحاب بقاء النكاح المتوقف زواله على السبب الشرعي المحتمل مدخلية ذكر ما يقتضي التعيين لأقل من الشك في تناول العمومات التي لم تسق لبيان مشروعيتها مسمى الطلاق ، ويمكن أن يقال : أما رواية محمد بن مسلم الصحيحة أو الحسنة فالظاهر أنها في مقام بطلان إيقاع الطلاق بالصيغ المذكورة فالحصر راجع إلى غير جهة التعيين و إلا لزم بطلان الطلاق إذا لم يقل : أنت طالق ، بل قال : هند طالق ، أو زوجتي طالق مع تعيين الزوجة .

و أما الخبر الثاني فمع قطع النظر عن سنده لعل مراد الزوج أن يطلق إحداهن المميّنة و طريق التعيين غالباً الاسم و لم يكن له هذا الطريق حيث قال : « لم أسأل عن أساميهن » فقال الإمام عليه السلام على المحكي : « انظر إلى علامة النخ ، فلا يستفاد منه لزوم التعيين .

و أما الاستصحاب فمع قطع النظر عن الإشكال في جريانه في الشبهات الحكمية بشكل جريانه من جهة شمول حديث الرّفْع لكل ما شك في شرطيته و كان بيانها راجعاً إلى الشارع إن استشكل في إطلاق الأدلة و مع الإطلاق لا إشكال .

(١) المصدر ج ٦ ص ٦٩ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩ .

و أما الاشكال من جهة إيهام المطلقة بغير متوجّه ألا ترى أن الأختين بعد حرمة الجمع بينهما في النكاح يكون المحرّم منهما ما به يتحقق الجمع فهو إحداهما لا بعينها هذا غاية ما يمكن أن يقال و المسألة بعد محلّ الاشكال عند الأعلام .

❖ **الركن الثالث في الصيغة** و يقتصر على طالق تحصيلاً لمورد الاتفاق ولا يقع بخليّة ولا بريّة ، وكذا لو قال : اعتدي . ويقع لو قال : هل طلقت فلانة ؟ فقال : نعم و يشترط تجريده عن الشرط و الصفة . ولو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث صحّت واحدة و بطلت التفسير . و قيل يبطل الطلاق . و لو كان المطلق يعتقد الثلاثة لزم ❖ .

قديقال : إن النكاح لما كان عصمة مستفادة من الشرع وقف زواله على رافع شرعي وسبب من جانب الشارع يوجب رفع ذلك وقد اتفق النصّ و الفتوى على الصحة بلفظ الطلاق باضافته إلى لفظ يدلّ على التعيين وما عدا ذلك فيجب نفيه إلى أن يثبت دليل على صحة الوقوع به .

و يمكن أن يقال : مرجع ما ذكر إلى استصحاب بقاء العصمة الزّوجيّة ما لم يدلّ دليل على ارتفاعها و هذا لا يختصّ بباب الطلاق بل يجري في نوع أبواب المعاملات ، فإن تمّ جريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة فله وجه لكنه يتمّ لو لم يكن مضموم أو إطلاق لأنّه لا مجال للأصل مع الدّليل الاجتهادي بل مع عدم الدّليل الاجتهادي أيضاً لا يبعد التمسك بحديث الرّفّع في رفع الشرطيّة أو الجزئيّة فيما كان بيانه راجعاً إلى الشرع . لكن الذي يسهل الخطب أنّه يستفاد من الأخبار الخاصّة انحصار تحقق الطلاق بايقاعه بالصيغة الخاصّة و الاخبار الواردة في المقام منها ما روى في الكافي في الصحيح أو الحسن عن محمد بن مسلم أنّه « سأل أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته : أنت عليّ حرام أو بائنة أو بريّة أو خليّة قال : هذا كله ليس بشيء إنما الطلاق أن يقول لها في قبل العدّة بعد ما تطهر من حيضتها قبل أن يجامعها : أنت طالق أو اعتدي يريد بذلك الطلاق و يشهد على ذلك رجلين عدلين ، ^(١)

و نقل العلامة في المختلف^(١) عن البرنطلي قال: روى أحمد بن محمد بن أبي نصر في كتاب الجامع عن محمد بن سماعة ، عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : « في رجل قال لامرأته أنت حرام أو بائنة أو بثة أو بريّة أو خلية فقال : ليس بشيء : إنما الطلاق أن يقول لها من قبل عدتها قبل أن يجامعها : أنت طالق . ويشهد على ذلك رجلين عدلين ، وهذه الرواية خالية من الزيادة التي في سابقتها .

و في الكافي ، عن الحسن بن سماعة : « ليس الطلاق إلا كما رواه بكير بن أعين أن يقول لها - وهي طاهر من غير جماع - : أنت طالق ويشهد شاهدين عدلين و كل ماسوى ذلك فهو ملغى ،^(٢) .

و في قبال ما ذكر أخبار آخر منها خبر السكوني عن الصادق عليه السلام ، عن أبيه ، عن علي عليه السلام : « عن الرجل يقال له : طلقت امرأتك ؟ فيقول : نعم ، قال : قد طلقها حينئذ ،^(٣) .

و مرسل عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام : « قلت : رجل طلق امرأته من هؤلاء ولي بها حاجة ، قال : فتأقّم بعد ما طلقها وانقضت عدتها عند صاحبها فنقول له : اطلقت فلانة ؟ فإن قال : نعم فقد صارت تطليقة على طهر ، فدعها من حين طلقها تلك التطليقة حتى تنقضي عدتها ثم تزوّجها فقد صارت تطليقة بائنة ،^(٤) »

و موثق إسحاق عنه عليه السلام أيضاً « في رجل طلق امرأته ثلاثاً فأراد رجل أن يتزوّجها فكيف يصنع ؟ فقال : يدعها حتى تحيض و تطهر ، ثم يأتيه و معه رجلان شاهدان فيقول : اطلقت فلانة ؟ فإذا قال : نعم ، تركها ثلاثة أشهر ثم خطبها إلى نفسه ،^(٥) »

(١) المصدر ص ٣٠٤ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٠ والاستبصار ج ٣ ص ٢٧٧ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ٧٠ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٠ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٢٣ .

(٥) المصدر ج ٥ ص ٤٢٤ .

و نحوه موثقه الآخر و موثق حفص بن البختري ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام .
 و قد تحمل هذه الأخبار على الإقرار بالطلاق ، لا أن يراد من قول « نعم »
 إنشاء الطلاق و لا ينفى بعد هذا الحمل فإن خبر السكوني ظاهر في أنه حين إذ يقول :
 « نعم » قد طلقها .

و مرسل عثمان في تحقق الطلاق بعد قوله : « نعم » ، و إن كان هذا خلاف ما هو
 المعروف من الالتزام بما ألزموا على أنفسهم و يكفي في صحة التزوج الطلاق السابق
 و كذلك موثق إسحاق و موثق الآخر و موثق حفص بن البختري فالعمدة عدم حمل
 المشهور بهذه الأخبار و إلا لا يمكن الجمع بين ما دل على الحصر و هذه الأخبار بأن
 ما دل على الحصر ، على الحصر بالاضافة إلى مثل برية أو بنة أو خلية و ما يماثلها دون ما يقع
 مقام الطلاق ألا ترى أنه لا إشكال ظاهر في عدم لزوم بعض الخصوصيات كلفظ أنت و
 عدم لزوم بعض الخصوصيات بالنسبة إلى بعض المطلقات أعني الخمس اللاتي يطلقن
 على كل حال . و قد حكى عن الشيخ وغيره وقوع الطلاق بعد سؤال و قول الرجل « نعم »
 و في المتن جواز المصنف و استشكل في الشرايع .

و أما وقوعه بقول الرجل للمرأة اعتدي فالمشهور عدمه و إن ورد في بعض الأخبار
 وقوع الطلاق به و يعارضه الخبر الآخر .

و أما اشتراط تجريده عن الشرط و الصفة فادعى الإجماع عليه و مثل لعدم
 التجريد عن الشرط بأن يعلق الطلاق على نحو مجيء زيد المحتمل ، و لعدم التجريد
 عن الوصف التعليق بالمعلوم الحصول بأن يعلق الطلاق بنحو طلوع الشمس و العمدة
 الإجماع المدعى .

و أما الاستدلال بنصوص الحصر و منافاته لقاعدة عدم تأخر المعلوم عن علته
 إذا السبب الشرعي كالسبب العقلي بالنسبة إلى ذلك فيشكل لا يمكن أن يقال : نصوص
 الحصر ناظرة إلى الصيغة التي يقع به الإشاء لا التنجيز والتعليق فتأمل .

و أما قاعدة عدم تأخر المعلول عن العلة فلم تنخرم كالايجاب المشروط فحيث لا يتوقع منه تقدم الوجوب بل ينظر إلى تحقق الشرط بالنحو المذكور في الواجب المشروط فكذلك نقول في المقام .

نعم الظاهر عدم الاشكال في صحة التعليق على الشرط الذي علق الصحة عليه شرعاً كالزوجة والدوام و الطهارة عن الحيض والنفاس كما ذكر نظيره في مثل البيع والاجارة إلا أن يستشكل من جهة مادل على الحصر .

و لو فسر الطلقة باثنتين أو ثلاث كأن يقول : أنت طالق ثلاثاً فلا إشكال في عدم وقوع اثنتين أو الثلاث و كأنه من ضروريات مذهب الشيعة ويدل عليه الأخبار منها ما رواه في الكافي ، عن زرارة في الصحيح عن أحدهما عليه السلام قال : « سألته عن رجل طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد وهي طاهر ، قال : هي واحدة » ^(١)

و في الصحيح أو الحسن عن أحدهما عليه السلام قال : « سألته عن الذي يطلق في حال طهر في مجلس ثلاثاً ، قال : هي واحدة » ^(٢)

و في الصحيح عن أبي بصير الأسدي و محمد بن علي الحلبي ، و عمر بن حنظلة جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الطلاق ثلاثاً في غير عدّة . إن كانت علي طهر فواحدة و إن لم تكن علي طهر فليس بشيء » ^(٣) إلى غير ما ذكر من الأخبار .

و فسر قوله « في غير عدّة » أي إذا لم يكن للعدّة بأن يرجع في العدّة و يجامع . و ما رواه الكليني في الصحيح عن شهاب بن عبد ربّه عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : « قلت : فطلقها ثلاثاً في مقعد ؟ قال : ترد إلى السنة ، فإذا مضت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء فقد بانت منه بواحدة » ^(٤)

و الأخبار المخالفة للأخبار المذكورة محمولة على التقية و المعروف وقوع الواحدة مع تكرير الصيغة ثلاثاً . و يقع الاشكال في وقوع الواحدة إن قال : « أنت

(١) و (٢) المصدر ج ٦ ص ٧١ ، و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٢ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ٧١ .

(٤) المصدر ج ٦ ص ١٢٥ .

طالق ثلاثاً، فالمحكمي^١ عن الشهيد في شرح الإرشاد الاستدلال بهذه الأخبار على وقوع واحدة و استشكل بأن المتبادر من قوله طلق ثلاثاً أنه أوقع الطلاق بثلاث صيغ إذ لا يصدق على من قال «سبحان الله عشراً» أنه سبح الله عشر مرّات ، و يمكن أن يقال : هذا لو لم يكن متعارفاً بين الناس و مع التعارف بينهم فترك الاستفصال يقتضي وقوع الواحدة في صورتين و قيل ببطالان الطلاق و عدم وقوع الواحدة ، ويشهد لهذا القول خبر أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام « من طلق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء ومن خالف كتاب الله ردّه إلى كتاب الله تعالى ، ^(١) و السنة النبوية وآلها التي منها ردّ النبي صلى الله عليه وآله طلاق ابن عمر ثلاثاً فكل من طلق على خلاف السنة ردّه إليها .

و مكتبة عبد الله بن محمد إلى أبي الحسن عليه السلام « جعلت فداك روى أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة على طهر بغير جماع بشاهدين أنه يلزمه تطليقة واحدة ، فوقع عليه السلام بخطه خطأ على أبي عبد الله عليه السلام إنه لا يلزمه الطلاق و يردّه إلى الكتاب والسنة إن شاء الله ، ^(٢) .

و خبر هارون بن خارجه عن أبي عبد الله عليه السلام المروي عن كتاب الخرائج قال : « قلت : إنني ابتليت فطلقت أهلي ثلاثاً في دفعة فسألت أصحابنا فقالوا : ليس بشيء إلا أن المرأة قالت : لأرضى حتى تسأل أبا عبد الله عليه السلام ، فقال : ارجع إلى أهلك فليس عليك شيء ، ^(٣) .

و قد يقوى هذا القول من حيث النصوص ضرورة احتمال النصوص المزبورة أرادة من طلق ثلاثاً بتكرار الصيغة المصرح به في خبر الصيرفي عن جعفر عن أبيه أن علياً عليه السلام كان يقول : « إذا طلق المرأة قبل أن يدخل بها ثلاثاً في كلمة واحدة فقد بانت منه ولا ميراث بينهما ولا رجعة ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره و إن قال : هي طالق هي طالق هي طالق فقد بانت منه بالأولى وهو خاطب من الخطباء إن شاءت نكحته نكاحاً

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٥ . والاستبصار ج ٣ ص ٢٨٧ .

(٢) الوسائل أبواب مقدمات الطلاق ب ٢٩ ج ٢٩ .

جديداً وإن شئت لم تفعل ، ^(١) المحمول صدره على التقيّة أو غيرها إذ هو مخالف للقولين معاً ، بل قد يقال : لو كان الحكم فيه كالصورة الأخيرة لكان المتّجه الجواب عنهما بجواب واحد وهو وقوع الطلاق إذ الحكم في الصورتين متحد عند العامة ولو سلم تناول النصوص للصورتين ولو لكون ذلك متعارفاً بين العامة إلا أن ذلك لا يعارض التصريح بعدمه في المكاتبة السابقة .

ويمكن أن يقال : بعد ما كان المتبادر لفظ طلق ثلاثاً في قول الإمام على المحكيّ في خبر أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام المذكور تكرير الصيغة كيف يحمل الأخبار الدالة على وقوع الواحدة على صورة التكرير فالمعارضة بين الأخبار باقية فمع الأخذ بالأخبار الدالة على عدم الصحة ولا واحدة أمكن تخصيصها بما دلّ على صحته مع التكرير من جهة خبر أبي بصير المذكور ثانياً إلا أن يقال : من المستبعد جداً في صورة تكرار الصيغة بطلان الأولى بحيث تكون صحتها منوطة بعدم التكرير فيكون النظر في السؤال والجواب إلى غير هذه الصورة أو حمل ما دلّ على الفساد على وقوع الثلاثة ولو كان المطلق يعتقد الثلاثة لزم وادّعى عليه الإجماع ويدلّ عليه خبر عبد الله عليه السلام عن أبي عبد الله عليه السلام سألت عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً قال : إن كان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلك ، ^(٢) .

و عن أبي العباس قال : « دخلت على أبي عبد الله عليه السلام قال : فقال لي : ارو عنّي أن من طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فقد بانت منه ، ^(٣) .
ومارواه في التهذيب عن جعفر بن محمد بن عبيد الله ، عن أبيه قال : « سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن تزويج المطلقات ثلاثاً فقال لي : إن طلاقكم لا يحلّ لغيركم وطلاقهم يحلّ لكم لا نسكم لا ترون الثلاث شيئاً وهم يوجبونها ، ^(٤) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٤ . والاستبصار ج ٣ ص ٢٩٢ .

(٣) « ج ٢ ص ٢٦٤ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٤ و ٢٦٦ والاستبصار ج ٢ ص ٢٩٣ .

﴿الرُّكْنُ الرَّابِعُ فِي الْإِشْهَادِ وَلَا بَدْلَ مِنْ شَاهِدَيْنِ يَسْمَعَانِهِ وَلَا يَشْتَرُطُ اسْتِدْعَاؤُهُمَا إِلَى السَّمَاعِ ، وَ يُعْتَبَرُ فِيهِمَا الْعَدَالَةُ ، وَبَعْضُ الْأَصْحَابِ يَكْتَفِي بِالْإِسْلَامِ ، وَلَوْ طَلَّقَ وَلَمْ يَشْهَدْ ثُمَّ أَشْهَدَ كَانَ الْأَوَّلُ لَفَوًّا وَلَا تَقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ ﴾ .

لا خلاف في لزوم الإِشهاد في الطلاق و يدلُّ عليه الكتاب والسنة منها قوله عليه السلام على المحكمي في صحيحة محمد بن مسلم « طلاق السنة يطلقها تطليقة يعني على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين - الحديث » (١) .

و قوله عليه السلام على المحكمي في صحيحة زرارة : « فإذا خرجت من طمئتها طلقها تطليقة من غير جماع و يشهد شاهدين على ذلك - الحديث » (٢) .

و قوله عليه السلام على المحكمي في صحيحة أبي بصير « فإذا طهرت طلقها واحدة بشهادة شاهدين - إلى أن قال - فإن طلقها واحدة أخرى على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين ثم تركها حتى يمضي إقرارها - إلى أن قال - أيضاً وأما طلاق الرجعة فإنه يدعها حتى تحيض و تطهر ، ثم يطلقها بشهادة شاهدين - الحديث » (٣) .

و في حسنة زرارة و محمد بن مسلم و من معهما عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام أنهما قالا : « و إن طلقها في استقبال عدتها طاهراً من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إياها بطلاق » (١) .

و حسنة زرارة و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « الطلاق لا يكون بغير شهود وأن الرجعة بغير شهود - الحديث » (٢) .

و في رواية أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « من طلق بغير

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٥٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٢ . الاستبصار ج ٣ ص ٢٦٨ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ٦٦ . التهذيب ج ٢ ص ٢٥٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٦٠ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٦١ .

شهود فليس بشيء ، ^(١) إلى غير ذلك من الأخبار .

والظاهر أن اعتبار السماع من جهة عدم صدق الشهادة بدون السماع ولازم هذا عدم كفاية حضور العدلين مع عدم السماع لصمم أو غيره ، والظاهر عدم الإشكال في صدق الشهادة مع عجز المطلق عن التلفظ كما في طلاق الأخرس حيث لا يوجبون التوكيل بل يكتفى بإشارته فمع توجه الشاهد الأصم حركة المطلق المقارنة لإنشاء الطلاق من دون أن يسمع التلفظ كيف لا تصدق الشهادة مع أنه لم يظهر من أخبار المسئلة اعتبار خصوص السماع .

والظاهر عدم اعتبار استدعاء الشهادة لصدق الشهادة بدون الاستدعاء مضافاً إلى ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل كانت له امرأة طهرت من حيضها فجاء إلى جماعة فقال : فلانة طالق أيقع عليها الطلاق ، و لم يقل : اشهدوا ؟ قال : نعم ، ^(٢) .

و عن صفوان بن يحيى عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : « سألت عن رجل طهرت امرأته من حيضها فقال : فلانة طالق و قوم يسمعون كلامه و لم يقل لهم اشهدوا أيقع الطلاق عليها ؟ قال : نعم هذه شهادة ، ^(٣) .

والمحكى عن صاحب المدارك في شرحه للنافع اعتبار تميز الشاهدين المطلق و المطلقة لعدم تحقق الإشهاد بدون ذلك مضافاً إلى ما رواه الكليني عن محمد بن أحمد ابن مطهر قال : « كتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السلام إنني تزوجت نسوة لم أسئل عن أسمائهن ثم أريد طلاق إحديهن وتزوج امرأة أخرى ؟ فكتب عليه السلام : انظر إلى علامة إن كانت بواحدة منهن فتقول : اشهدوا أن فلانة التي لها علامة كذا وكذا هي طالق ، ثم تزوج الأخرى إذا انقضت العدة ^(٤) ، .

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٠ والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٢ و ٣) الكافي ج ٦ ص ٧٢ والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٤) تقدم ص ٥٠٥ .

و أُجيب عنه بأن المعرفة الاجمالية ولو بمجرّد الاسم لا بد منها و الزائد عليها لا دليل عليه . و أمّا الخبر المذكور فهو دليل على لزوم تعيين المطلقة و حيث لا يعرف الأسماء فلا بد له من التعيين بنحو آخر .

و يدل على عدم لزوم المعرفة التفصيلية ما رواه في الكافي بوسائط عن أبي بصير يعني المرادي قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يتزوج أربع نسوة في عقدة واحدة أو قالت في مجلس واحد و مهورهن مختلفة قال : جائز له و لهن ، قلت : أرايت إن هو خرج إلى بعض البلدان فطلق واحدة من الأربع و أشهد على طلاقها قوماً من أهل تلك البلاد و هم لا يعرفون المرأة ، ثم تزوج امرأة من أهل تلك البلاد بعد انقضاء عدة المطلقة ، ثم مات بعد ما دخل بها كيف يقسم ميراثه ؟ قال : إن كان له ولد فإن للمرأة التي تزوجها أخيراً ربع ثمن ما ترك و إن عرفت التي طلقت بعينها و نسبها فلا شيء لها من الميراث و ليس عليها العدة ، قال : و تقسم الثلاث النسوة ثلاثة أرباع ثمن ما ترك و عليهن العدة و إن لم تعرف التي طلقت من الأربع قسمن النسوة ثلاثة أرباع ثمن ما ترك بينهما جميعاً و عليهن جميعاً العدة ^(١) ، و رواه الشيخ في الصحيح عن الحسن ابن محبوب و طريقه إليه صحيح .

و يمكن الاستدلال بترك الاستفصال في رواية أحمد بن محمد بن أبي نصر و رواية صفوان المذكورتين .

و أمّا اعتبار العدالة في الشاهدين فهو المشهور و استدلل عليه بظاهر قوله تعالى « و أشهدوا ذوي عدل منكم » و التقريب أن الخطاب للمسلمين فالإسلام مستفاد من قوله « منكم » و يبقى العدالة أمراً زائداً على الإسلام فلا يكفي الإسلام . و بعد ملاحظة الأخبار الواردة في المقام لا مجال للخدشة في استفادة اعتبار العدالة من قوله تعالى « و أشهدوا - الخ » منها قول الصادق عليه السلام على المحكمي في حسنة الفضلاء « و إن طلقها

في استقبال عدتها طاهر من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقاً إياها بطلاق^(١) .

و قول أبي جعفر عليه السلام على المحكي في حسنة بكير و غيره «و إن طلقها للعدّة بغير شاهدي عدل فليس طلاقه بطلاق^(٢)» .

و قول أمير المؤمنين عليه السلام على المحكي في رواية محمد بن مسلم «أشهدت رجلين ذوي عدل كما أمر الله عزّ و جل؟ فقال : لا ، فقال : اذهب فإنّ طلاقك ليس بشيء^(٣)» إلى غير ذلك .

و المحكي عن الشيخ^(٤) و غيره الاكتفاء بمجرّد الإسلام و قد يستدل لهذا القول برواية أحمد بن محمد بن أبي نصر البرزطي الحسنة قال : سألت أبي الحسن عليه السلام عن رجل طلق امرأته بعد ما غشيها بشهادة شاهدين عدلين ؟ قال : ليس هذا طلاقاً ، فقلت : جعلت فداك كيف طلاق السنة ؟ فقال : يطلقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشها بشهادة عدلين كما قال الله عزّ و جل في كتابه فإن خالف ذلك يرد إلى كتاب الله ، فقلت له : فإن طلق على طهر من غير جماع بشهادتين ؟ فقال : لا تجوز شهادة النساء في الطلاق و قد تجوز شهادتهن مع غيرهن في الدّم إذا حضرته ، فقلت : فإن أشهد رجلين ناصيين على الطلاق أيكون طلاقاً ؟ فقال : من ولد على الفطرة أجزت شهادته على الطلاق بعد أن يعرف منه خيراً^(٥) .

و تقريب الاستدلال بأنّه بعد ما صدر الرّواية باشتراط شهادة عدلين ثم اكتفى بما ذكر استفاد منها أنّ العدالة هي الإسلام .

و بصحيفة عبد الله بن سنان قال : دقلت للرّضا عليه السلام : رجل طلق امرأته وأشهد

(١) تقدم ص ٥١٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦١ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ٦٠ .

(٤) راجع النهاية له .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٦٧ و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٢ و اللفظ له .

شاهدين ناصبتين ؟ قال : كل من ولد على الفطرة و عرف بصلاح في نفسه جازت شهادته ^(١) .

وقد شدّد النكير بأنّه مع اعتبار العدالة كتاباً وسنة كيف تجوز شهادة الناصب ؟ و يمكن أن يقال : لا ظهور في الرّوايتين في جواز شهادة الناصب ولعلّ المقام نظير ما لو استأذن الخادم مخدومه في دخول شخص يكون من أعداء المخدوم عليه فيقول المخدوم : ليدخل علينا من يعرف بالصلاح فهذا ليس إذناً في دخول هذا الشخص الذي يكون من الأعداء حيث لم يرد المخدوم التصريح بالمنع بل أراد المنع من دخول العدو بنحو آخر .

وأما الجمع بين الصدر و الذّيل في الرّواية الأولى فإمّا بأن يكون معروفة الخيرية فيها طريقاً إلى العدالة بمعنى الملكة كما جعل حضور الانسان لصلاة الجماعة أمانة العدالة في صحيح ابن أبي يعفور المذكور في تعريف العدالة ، وإمّا بنحو الحكومة و كفاية حسن الظاهر واقعاً و تظهر الثمرة في صورة انكشاف الخلاف و التفصيل المذكور في كتاب الصلاة ، و على كل تقدير لا يستفاد من الرّوايتين كفاية مجرد الإسلام .

ولا بدّ من اجتماع شاهدين حال إنشاء الطلاق و استدلّ عليه بما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن البرز نطبيّ قال : سألت أبي الحسن عليه السلام عن رجل طلق امرأته على طهر من غير جماع و أشهد اليوم رجلاً ثم مكث خمسة أيّام ثمّ أشهد آخر ؟ و قال : إنّما امرأتان يشهدا جميعاً ^(٢) .

وما رواه في التهذيب في الصحيح عن ابن بزيع ، عن الرضا عليه السلام قال : « سألت عن تفريق الشاهدين في الطلاق ؟ فقال : نعم ونعتدّ من أوّل الشاهدين ، وقال : لا يجوز حتّى يشهدا جميعاً ^(٣) » بأن يكون المراد من صدر الخبر الأداء بمعنى جواز تفريق الشاهدين

(١) التهذيب ج ٢ ص ٨٦ عن عبدالله بن المغيرة .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧١ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ . و الاستبصار ج ٣ ص ٢٨٥ .

في أداء الشهادة ولهذا قال من أولهما فإن إخبارها بالطلاق بعد وقوعه كاف في الشروع في العدّة . و التزويج يتوقف على الثاني لثبوت الطلاق بذلك ، و عجز الخبر يراد به التأمل ، ولا يخفى الاشكال في توجيه هذا الصحيح بالنحو المذكور فإن السائل لم يسأل عن كيفية أداء الشهادة بل الظاهر أن سؤاله عن تفريق الشاهدين في الشهادة المعتبرة في صحة الطلاق و لا أقل من كونه المتيقن من سؤاله ثم إن الاعتداد من زمان وقوع الطلاق لا من زمان أداء الشهادة و لعله يؤيد قوله عليه السلام على المحكمي « و نعتد من أول الشاهدين » كون النظر إلى الشهادة المعتبرة في تحقق الطلاق و التزويج لا يتوقف على شهادة الشاهدين بل إخبار المرأة كاف في جواز التزويج ، هذا و لكن المعروف لزوم اجتماع شاهدين وقت إيقاع الطلاق ويدعى ظهور الكتاب العزيز والسنة في هذا . و أما عدم قبول شهادة النساء لا منفردات و لا منضمات فلما في رواية أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي المذكورة من قوله عليه السلام على المحكمي « لا تجوز شهادة النساء في الطلاق ^(١) » .

و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « سئل عن شهادة النساء في النكاح قال : تجوز إذا كان معهن رجل » ، و كان علي عليه السلام يقول : لا أجزها في الطلاق ^(٢) ، إلى غير ذلك من الأخبار .

﴿ النظر الثاني في أقسامه ، و ينقسم إلى بدعة و سنة . فالبدعة طلاق الحائض مع الدخول و حضور الزوج أو غيبته دون المدّة المشترطة و في طهر قد قربها فيه . و طلاق الثلاث المرسلة ^(٣) و كله لا يقع ﴾ .

بعد ما ثبت اشتراط الطلاق بخلو المرأة عن الحيض مع الدخول و حضور الزوج أو غيبته مع مضي المدّة المشترطة ، و وقوعه في طهر لم يقربها فيه و اشتراط الطلاق

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٨ و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٨٢ .

(٣) أي طلاق الثلاث من غير رجعة بينها .

الثاني والثالث بالوقوع بعد الرجعة ، فالطلاق الواقع مع فقدان الشرائط لا يصح ، فإيقاعه بقصد التشريع محرم لكونه بدعة محرمة فإن كان النظر في التعبير بالبدعة إلى ما ذكر فلا إشكال لكنه لا اختصاص بباب الطلاق ، وإن كان النظر إلى غير ما ذكر فلا بد من إثبات الحرمة بالدليل والأدلة على الاشتراط لانفي بها .

﴿ و طلاق السنة ثلاث : بائن ، و رجعي ، وللعدة . فالبائن مالا يصح معه الرجعة و هو طلاق الياسة على الأظهر . ومن لم يدخل بها . و الصغيرة . والمختلعة . و المبارات مالم ترجعا في البذل . و المطلقة ثلاثاً بينهارجعتان . و الرجعي : ما يصح معه الرجعة و لو لم يرجع . و طلاق العدة ما يرجع فيه ويواقع ، ثم يطلق فهذه تحرم في التاسعة تحريماً مؤبداً و ما عداه تحرم في كل ثالثة حتى تنكح غيره . ﴾

لا يخفى أن الطلاق العددي على هذا قسم من الرجعي وليس قسيماً له وإن قلنا بأنه المجموع المركب فهو مركب من الرجعي والبائن وبهذا الاعتبار يصح أن يكون قسيماً للبائن و الرجعي ثم إن البائن مالا يصح فيه الرجعة و هو طلاق الياسة بناء على عدم العدة فيها مع الدخول كما هو المشهور و من لم يدخل بها و الصغيرة و المختلعة و المبارات ما لم ترجعا في البذل ، و المطلقة ثلاثاً بينهارجعتان سواء كان الرجوع يرجع الزوج المرأة إليه أو بعقد جديد فالنسوة المذكورة بعضها لا موجب لاعتدادها فلا رجوع للزوج حيث إن الرجوع في العدة و بعضها عليها الاعتداد ، لكن ليس للزوج الرجوع في العدة و الرجعي ما يصح معه الرجعة . و طلاق العدة فسر بالمذكور ، يترتب عليه التحريم الأبدي في التاسعة منه .

و في المقام إشكال و هو أن تحريم التاسعة بحسب الأخبار لا اختصاص له بالعددي المذكور و الأخبار الواردة منها ما رواه الكليني ، عن زرارة بن أعين ؛ و داود بن سرحان ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الملاعنة إذا لاعنها زوجها لم تحل له أبداً ، و الذي يتزوج المرأة في عدتها و هو يعلم لا تحل له أبداً ، و الذي يطلق الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرات لا تحل له أبداً ، و المحرم إذا تزوج

وهو يعلم أنه حرام عليه لاتحل له أبداً،^(١).

وفي الصحيح ، عن جميل بن دراج ، و ابراهيم بن عبد الحميد ، عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليهما السلام قال : « إذا طلق الرجل المرأة فتزوجت ثم طلقها زوجها فتزوجها الأول ، ثم طلقها فتزوجت رجلاً [آخر] ثم طلقها فتزوجها الأول ثم طلقها الزوج الأول هكذا ثلاثاً لم تحل له أبداً^(٢) » .

و هذان الخبران يستفاد منهما حرمة المطلقة تسعاً من دون تقييد بكون الطلاق عدلياً ، و منها يستفاد منه انحصار الطلقات التسع المحرمة أبداً بما إذا كانت الثلاث الأخيرة للسنة كرواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « و سألته عن الذي يطلق ثم يراجع ، ثم يطلق ثم يراجع ، ثم يطلق ؟ قال عليه السلام : لاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره فيتزوجها رجل آخر فيطلقها على السنة ثم ترجع إلى زوجها الأول فيطلقها ثلاث مرّات على السنة فتنكح زوجاً غيره فيطلقها ثم ترجع إلى زوجها الأول فيطلقها ثلاث مرّات على السنة ، ثم تنكح فتلك التي لاتحل له أبداً^(٣) » .

فإن كان المراد من السنة السنة بالمعنى الأخص كما لعله الظاهر ، فالظاهر من هذه الرواية عدم كفاية كون الطلقات التسع للعدة ، وإن كان النظر إلى كون الطلاق سنياً بالمعنى الأعم في قبال البدعي فتكون من قبيل الخبرين السابقين .

و منها ما دل على اعتبار كون الطلقات التسع المحرمة أبداً للعدة كما في المروي عن الخصال في تعداد المحرّمات من قول الصادق عليه السلام « وتزوج الرجل امرأة طلقها للعدة تسع تطليقات » وما في المحكي عن الفقه الرضوي من قوله عليه السلام « على المحكي » « و أما طلاق العدة فهو أن يطلق الرجل امرأته على طهر من غير جماع ، ثم يراجعها من يومه أو من غد أو متى يريد من قبل أن تستوفى قرءها و أدنى المراجعة أن يقبلها أو ينكر الطلاق فيكون إنكار الطلاق مراجعة فإذا أراد أن يطلقها ثانية لم يجز ذلك

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٥ .

(٢) و (٣) المصدر ج ٥ ص ٢٢٨ . و الأخير في الخصال ج ٢ ص ٢٦ مثله .

إلا بعد الدخول بها ، و إذا أراد طلاقها تربص بها حتى تحيض وتطهر ، ثم يطلقها فإن أراد مراجعتها راجعها فإن طلقها الثالثة فقد بانت ساعة طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فإذا انقضت عدتها منه فتزوجها رجل آخر فطلقها أومات عنها و أراد الأول أن يتزوجها فعل - إلى أن قال - فإن طلقها ثلاث تطليقات على ما وصفته لك واحدة بعد واحدة فقد بانت منه ولا تحل له بعد تسع تطليقات أبداً . واعلم أن كل من طلق تسع تطليقات على ما وصفته لم تحل له أبداً .

وقيل في الجمع بين الأخبر المذكورة بوجود منها أن التعارض بين الرواية الأولى منها وبين الثانية والثالثة وإن كان بالإطلاق والتقييد إلا أنه بعد تعارض الثانية والثالثة وسقوطهما عن الحجية يكون إطلاق الأولى سليماً عما يقيدها .

و أورد عليه بأن التعارض بين الأخيرتين إنما أوجب سقوطهما عن الحجية بالنسبة إلى ما تعارضتا فيه وأما بالنسبة إلى ما تعاضدتا عليه من نفي الثالث فلا مانع من الأخذ بهما ، ويمكن أن يقال مضافاً إلى ما ذكر : إن الروايتين المتعارضتين لا تسقطان عن الحجية بل لا بد من الترجيح أو التخيير بحسب الأخبار فلا تبقى الأولى سليم عن المقيّد ومنها حمل السنة في الثانية على السنّي بالمعنى الأعم المقابل للبدعي فتطبق على الأولى الدالة على الاكتفاء بمطلق الطلقات التسع في التحريم الأبدي و حينئذ لا بد من تقييد الأولى والثانية بالثالثة الدالة على اعتبار كون الطلقات التسع المحرمة أبداً للعدّة وأورد عليه أولاً بأنه كما يمكن حمل السنة في الثانية على مقابلة البدعة كذلك يمكن حمل العدّة في الثالثة على الطلاق في طهر لم يواقعها فيه الذي هو ابتداء العدّة على نحو قوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن » كي تنطبق على الأولى وتقيّد كلتاها بالثانية الدالة على اعتبار كون الطلقات التسع المحرمة أبداً للسنة ولا مرجح في البين لأحد الحملين .

ويمكن أن يقال : إن كان الحمل على السنة في قبالة البدعة والحمل على العدّة بالمعنى المذكور ليسا مخالفين للظاهر فلا تعارض في البين حتى يحتاج إلى التقييد ، و ثانياً نقول : حمل السنة في الثانية على السنة بالمعنى الأعم ، ثم تقييدها بالثالثة الدالة

على اعتبار كون الطلقات التسع المحرمة للعدّة مستلزم لحمل المطلق على الفرد النادر فلا بدّ من معاملة المتباينين و الرّجوع إلى المرجّحات السنيّة ، و منها أنّ الأولى بضميمة القطع بأنّ الطلاق الذي لا تحلّ له معه حتّى تنكح زوجاً غيره هو مطلق الطلقات الثلاث ، عدّيّة كانت أو غيرها تكون كالصريح في الاكتفاء في الطلاق المحرّم لها أبداً بمطلق الطلقات التسع فلا يبقى المعارضة إلّا بينها و بين الثالثة الصريحة في اعتبار كون الطلقات التسع المحرمة أبداً للعدّة و ذلك لأنّ الثانية وإن كانت ظاهرة في اعتبار كون الثلاث الأخيرة من الطلقات التسع للسنة إلّا أنّ ظهورها في ذلك ليس بمثابة يقاوم ظهور الأولى في الإطلاق إذ ليس حمل السنة فيها على السنة بالمعنى الأعمّ بعيداً . و المعارضة بين الأولى و الثالثة و إن كانت بنحو الإطلاق و التقييد إلّا أنّه لا يمكن المعاملة معهما معاملة المطلق و المقيّد من جهة استلزامه لحمل المطلق على الفرد النادر ، ولا يمكن المعاملة معهما معاملة المتباينين بالرّجوع إلى المرجّحات السنيّة لأنّ الرّجوع إلى المرجّحات السنيّة فيما إذا كان المتعارضان متنافيين بتمام مدلولهما و ليسا في المقام كذلك لتوافق الطائفتين في أنّ التسع للعدّة موجبة للحرمة الأبدية و إنّما التعارض بينهما في اعتبار خصوص كونها للعدّة في ذلك بعدم اعتباره بل لا بدّ من الأخذ بما هو المتيقّن منهما و هو كون التسع للعدّة موجبة للحرمة الأبدية و الرّجوع في غيره إلى مقتضى عموم قوله تعالى «وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» .

و يمكن أن يقال : قد سبق أنّ حمل السنة في الثانية على السنة بالمعنى الأعمّ المقابلة للبدعة ليس بالأولى من حمل العدّة على المعنى المراد من قوله «فَطَلَّقُوهُنَّ» لعدّتهنّ ، فما الوجه في رفع اليد عن ظهور السنة من جهة إطلاق الأولى و عدم رفع اليد عن ظهور العدّة ، و ثانياً ما ذكر من الأخذ بالقدر المتيقّن يوجب رفع اليد عن الحجّة الصريحة حسب ما ذكر بلا جهة لعدم شمول ما دلّ على الترجيح و التخيير حسب المفروض .

و ما قد يقال من أنّ العام يكون مرجعاً ففي المقام عموم قوله تعالى «وَأُحِلَّ لَكُمْ - النخ ، يكون مرجعاً مشكلاً لأنّ العام أيضاً طرف المعارضة و ليس حاله حال

الأصل الذي لا يكون الموافق والمخالف منمأخوذاً به في مرتبة الدليل الاجتهادي والخبر يمكن أن يخص العام الكتابي . ولا يبعد الأخذ بمجموع الأخبار المذكورة بأن يقال مفاد الرواية الأخيرة الثالثة مدخلة كون الطلقات للعدة ومفاد الرواية الثانية مدخلة الطلقات الثلاث للسنة بالمعنى الأخص ، ولعل تخصيصهما للرواية الأولى المطلقة لا يوجب حملها على الفرد النادر ، ووجه الجمع بهذا النحو أن مدخلة العدة في الحرمة الابدية لا توجب كونها بنحو العلة المنحصرة لعدم الدليل على الانحصار وكذلك مدخلة السنة في الرواية الثانية ، وإن أبيت فلا بد من الرجوع إلى المرجح السندي أو التخيير ولا نسلم اختصاص الترجيح والتخيير بخصوص المتنافين بتمام المدلول و لعل قوله تعالى « وأحل لكم - الخ ، مرجح .

و أما تحقق الحرمة في كل ثلاثة حتى تنكح غيره فيماعد طلاق العدة فيدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : إذا أراد الرجل الطلاق طلقها في قبل عدتها بغير جماع فإنه إذا طلقها واحدة ثم تركها حتى يخلو أجلها إن شاء أن يخطب مع الخطاب فعل فإن راجعها قبل أن يخلو أجلها أو بعده كانت عنده على تطليقة ، فإن طلقها الثانية أيضاً فشاء أن يخطبها مع الخطاب إن كان تركها حتى يخلو أجلها وإن شاء راجعها قبل أن ينقض أجلها ، فإن فعل فهي عنده على تطليقتين ، فإن طلقها الثالثة فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وهي ترث و تورث ما كانت في الدّم من التطليقتين الأولى ، (١) .

و ما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « في الرجل يطلق امرأته تطليقة ثم يراجعها بعد انقضاء عدتها فإذا طلقها الثالثة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره - الحديث ، (٢) .

و ما رواه في الكافي عن صفوان ، عن ابن مسكان ، عن أبي بصير ، عن أبي عبدالله

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٨ والكافي ج ٦ ص ٦٩ واللفظ له .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٦ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ .

عليه السلام في المطلقة التطليقة الثالثة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره و يذوق عسيتها،^(١).

و خالف في المقام ابن أبي بكير والصدوق فجعلوا الخروج عن العدة هادماً للطلاق فله حينئذ نكاحها بعد الثلاث بلا محلل .

و روى ابن بكير عن زرارة في الصحيح « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : الطلاق الذي يحبّه الله تعالى والذي يطلقه الفقيه و هو العدل بين المرأة والرجل أن يطلقها في استقبال الطهر بشهادة شاهدين و إرادة من القلب ، ثم يتركها حتى تمضي ثلاثة قروء فإذا رأت الدّم في أوّل قطرة من الثالثة وهو آخر قرء لأنّ الأقرء هي الأظهار فقد بانت منه و هي أملك بنفسها ، فإن شاءت تزوّجت و حلّت له بلا زوج ، فإن فعل هذا بها مائة مرّة هدم ما قبله و حلّت بلا زوج ، وإن راجعها قبل أن تملك نفسها ، ثمّ طلقها ثلاث مرّات يراجعها و يطلقها لم تحلّ له إلا بزواج ،^(٢) .

و حكى عن ابن سماعة^(٣) أنّ الحسين بن هاشم سأل ابن بكير هل سمعت فيما ذكرته شيئاً فقال رواية رفاعه فقال له : إنّ رفاعه روى إذا دخل بينهما زوج . فقال : الزّوج و غير الزّوج عندي سواء فقال له : هل سمعت في هذا شيئاً فقال : لا هذا ممّا رزق الله من الرّأي^(٤) ، ولذا قال ابن سماعة على المحكي : وليس لأحد أن يأخذ بقول ابن بكير فإنّ الرّواية « إذا كان بينهما زوج ، ويقرب منه المحكي عن ابن المغيرة . و مع هذا الوصف كيف يعتمد على روايته في المقام و من هنا ينقدح الشكّ في موقوفة عبد الله بن سنان الموافقة لما ذكره ابن بكير قال : « إذا طلق الرجل امرأته فليطلق على طهر بغير جماع بشهود فإن تزوّجها بعد ذلك فهي عنده على ثلاث و بطلت التطليقة الأولى فإن طلقها اثنتين ثمّ كفّ عنها حتى تمضي الحيضة الثالثة بانت منه بثنيتين وهو خاطب

(١) المصدر ج ٦ ص ٧٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ .

(٣) راجع التهذيب ج ٢ ص ٢٦٠ . والكافي ج ٦ ص ٧٨ .

(٤) راجع الكافي ج ٦ ص ٧٨ .

من الخطاب ، فان تزوجها بعد ذلك فهي عنده على ثلاث تطليقات و بطلت الاثنتان فان طلقها ثلاث تطليقات على العدة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، ^(١) وإنه ذكر ذلك عن ابن بكير وأصحابه أو صدر منه تقيّة .

﴿ و هنا مسائل خمسة الأولى لا يهدم استيفاء العدة تحريم الثلاثة ، الثانية يصح طلاق الحامل للسنة كما يصح للعدة على الأثبة ، الثالثة يصح أن يطلق ثانية في الطهر الذي طلق فيه و راجع فيه ولم يظاً لكن لا يقع للعدة . الرابعة لو طلق غائباً ثم حضر و دخل بها ، ثم ادعى الطلاق لم تقبل دعواه ولا يثبت و لو أولدها لحق به . الخامسة إذا طلق الغائب و أراد العقد على أختها أو على خامسة تربص تسعة أشهر احتياطاً ﴾ .

قد ظهر ممّا دلّ على حرمة نكاح المطلقة ثلاثاً على المطلق حتى تنكح زوجاً غيره من غير فرق بين استيفاء العدة و وقوع الطلقة الثانية والثالثة بعد استيفاء العدة أو قبله أن استيفاء العدة ليس هادماً للتحريم و ما ذهب إليه ابن بكير لا يصح ، و ما رواه في هذا المقام ليس حجة من اسناده إلى رفاعة مع نقل الخلاف منه و إن كان خبره في غير المقام حجة .

و أمّا صحة طلاق الحامل للسنة بمعنى طلاقها بعد المراجعة بلامواقعة وهو السنّي بالمعنى الأخص فمع قطع النظر عن عموم أو إطلاق الأدلة يدل عليه موثق اسحاق بن عمار و قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : الحامل يطلقها زوجها ، ثم يراجعها ، ثم يطلقها ، ثم يراجعها ، ثم يطلقها الثالثة قال : تبين منه ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، ^(٢) . و موثقه الآخر عن أبي الحسن عليه السلام : سألت عن رجل طلق امرأته وهي حامل ثم راجعها ، ثم طلقها ، ثم راجعها ، ثم طلقها الثالثة في يوم واحد تبين منه ؟ قال : نعم ^(٣) » مضافاً إلى غير ما ذكر .

والمحكى عن الشيخ في النهاية و ابنا البرّاج و حمزة عدم الجواز وربما يستظهر

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٨ .

(٢ و ٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٩ .

من مرسل ابن بكير قال : « في الرجل تكون له المرأة الحامل و هو يريد أن يطلقها ، قال : يطلقها إذا أراد الطلاق بعينه و يطلقها بشهادة الشهود فإن بداله في يومه أو بعد ذلك أن يراجعها يريد الرجعة بعينها فليراجع و ليواقع ثم يبدو له فيطلق أيضاً ، ثم يبدو له فيراجع كما راجع أولاً ، ثم يبدو له فيطلق فهي التي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره إذا كان إذا راجع يريد المواقعة والإمساك ^(١) فيواقع .

و يعمل الأخبار الدالة على أن طلاق الحامل واحدة على ما ذكر ، والأخبار الدالة على أن طلاق الحامل واحدة منها ما رواه الشيخ في التهذيب عن الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « طلاق الحامل واحدة وإن شئت راجعها قبل أن تضع فإن وضعت قبل أن يراجعها فقد بانت منه و هو خاطب من الخطأب ^(٢) .

و عن إسماعيل بن الجعفي في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « طلاق الحامل واحدة فإذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه » ^(٣) .

و ما رواه في الكافي والتهذيب عن الكنائي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « طلاق الحامل واحدة وعدتها أقرب الأجلين » ^(٤) .

و ما رواه في الفقيه والتهذيب عن محمد بن منصور الصيقل عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يطلق امرأته و هي حبلى قال : يطلقها قلت : فيراجعها ؟ قال : نعم يراجعها ، قلت : فإنه بداله بعد ما راجعها أن يطلقها ؟ قال : لا حتى تضع ^(٥) ، إلى غير ذلك من الأخبار .

و يمكن أن يقال : أما المرسل المذكور فمع قطع النظر عن السند لا ظهور له فيما ذكر لأنه لا يستفاد منه شرطية المواقعة للطلاق الثاني لوحدة السياق مع قوله على المعك فيراجع .

(١ و ٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٩ . والاستبصار ج ٣ ص ٣٠٠ .

(٣) والكافي ج ٦ ص ٨١ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٨١ .

(٥) الفقيه باب طلاق الحامل تحت رقم ٩ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٩ .

(۲) ، ، ، ، ، ، ، ۲۸۰

و موثقة إسحاق بن عمار ، عن أبي إبراهيم عليه السلام : سأله عن رجل يطلق امرأته في طهر من غير جماع ، ثم يراجعها في يومه ذلك ، ثم يطلقها اتين منه بثلاث تطليقات في طهر واحد ؟ فقال : خالف السنة ، قلت : فليس ينبغي له إذا هو راجعها أن يطلقها إلا في طهر آخر ؟ قال : نعم ، قلت : حتى يجامع ؟ قال : نعم ، (١) .

و رواية معلى الخنيس عن أبي عبدالله عليه السلام : عن رجل يطلق امرأته يطلقها الثانية قبل أن يراجع ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : لا يقع الطلاق الثاني حتى يراجع و يجامع ، (٢) .

وصحيفة أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام : سأله عن طلاق السنة - إلى أن قال : - و أما طلاق الرجعة فان يدعها حتى تحيض وتطهر ثم يطلقها بشهادة شاهدين ثم يراجعها ويواقعها ثم ينتظر بها الطهر فإذا حاضت وطهرت أشهد شاهدين على تطليقة أخرى ، ثم يراجعها ويواقعها ثم ينتظر بها الطهر فإذا حاضت وطهرت أشهد شاهدين على التطليقة الثالثة ثم لا نعل له حتى تنكح زوجاً غيره وعليها أن تعتد بثلاثة قروء من يوم طلقها التطليقة الثالثة فإن طلقها واحدة على طهر بشهود ، ثم انتظر بها حتى تحيض وتطهر ثم يطلقها قبل أن يراجعها لم يكن طلاقه الثاني طلاقاً لأنه طلق طالقاً لأنه إذا كانت المرأة مطلقة من زوجها كانت خارجة من ملكه حتى يراجعها ، فإذا راجعها صارت في ملكه ما لم يطلق التطليقة الثالثة ، فإذا طلقها التطليقة الثالثة فقد خرج تلك الرجعة من يده فإن طلقها على طهر بشهود ، ثم راجعها وانتظر بها الطهر من غير موافقة فحاضت وطهرت ، ثم طلقها قبل أن يدنسها بموافقة بعد الرجعة لم يكن طلاقه لها طلاقاً لأنه طلقها التطليقة الثانية في طهر الأولى ولا ينقض الطهر إلا موافقة بعد الرجعة وكذلك لا يكون الطلقة الثالثة إلا بمراجعة وموافقة بعد الرجعة ، ثم حيض وطهر بعد الحيض ، ثم طلاق بشهود حتى يكون لكل تطليقة طهر من تدنيس الموافقة بشهود (٣) .

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٨٤ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٦٦ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٥٧ والاستبصار ج ٣ ص ٢٦٨ .

و قد جمع بين الطائفتين تارة بحمل رواية الجواز على طلاق السنة الذي هو بمعنى خلاف العدلي مستشهداً بخبر معلى بن خنيس عن أبي عبد الله عليه السلام الذي يطلق، ثم يراجع ، ثم يطلق فلا يكون بين الطلاق و الطلاق جماع فتلك تحل له قبل أن تزوج زوجاً غيره و التي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره هي التي تجامع بين الطلاق ^(١).

مؤيداً بخبر أبي بصير عن سألت أبا جعفر عليه السلام عن الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ؟ فقال : أخبرك بما صنعت أنا بامرأة كانت عندي أردت طلاقها فتركتها حتى طمئت و طهرت ، ثم طلقها من غير جماع و أشهدت على ذلك شاهدين ، ثم تركتها حتى إذا كادت أن تنقضي عدتها راجعتها و دخلت بها ، و تركتها حتى طمئت ، ثم طلقها على طهر من غير جماع بشاهدين ثم تركتها حتى إذا كان قبل أن تنقضي عدتها راجعتها و دخلت بها حتى إذا طمئت و طهرت طلقها على طهر بغير جماع بشهود و إنما فعلت ذلك لأنه لم يكن لي بها حاجة ^(٢).

و أخرى بحمل ما دل على الجواز بشرط المواقعة على الاستحباب ، و ثالثة بنحو

آخر .

ولا يخفى أن الجمع بالنحو الأول ليس جمعاً عرفياً بين الطائفتين لعدم مساعدة العرف عليه غاية الأمر أنه إذا أخذ بالطرف المخالف للمخصص يخص به هذا مع أنه لا شهادة في الخبر المذكور على الحمل المذكور مع أنه لا يلتزم المشهور به فإن المشهور أن الطلقات الثلاث تكون موجبة للتحريم حتى تنكح زوجاً غيره من دون اشتراط بالمواقعة و الحمل على الاستحباب أيضاً بعيد جد آباء رواية معلى بن خنيس المذكورة حيث قال عليه السلام على المحكمي : لا يقع الطلاق الثاني و ليس هذا من قبيل « لا نكاح إلا بولي » و كذلك صحيحة أبي بصير المذكورة حيث إنها بصدد بيان الشروط و القيود الدخيلة في الصحة مع ذكر العلة لكن المشهور شهرة عظيمة صحة الطلاق بدون المواقعة .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٥ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٦١ .

و لو طلق غائباً ثم حضر ودخل بها ثم ادعى الطلاق فالمعروف عدم قبول دعواه ولا بيئته لخبر سليمان بن خالد المعتضد بالعمل سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته وهو غائب وأشهد على طلاقها ، ثم قدم فأقام مع المرأة أشهراً لم يعلمها بطلاقها ، ثم إن المرأة ادعت الحبل فقال : قد طلقتك وأشهدت على طلاقك ، فقال : يلزمه الولد ولا يقبل قوله ^(١) ، ولأن اعترافه متعلق بحق الغير وتصرف المسلم المنزل على المشروع مكذب لبيئته .

و استشكل في هذا الوجه بأن تصرفه يحمل على المشروع حيث لا يعترف بما ينافية ولذا الورأيناء يجمع امرأة واشتبه حالها لا يحكم عليه بالزنا فإذا اقر بأنه زان يحكم عليه بمقتضاه والبيئته مكذوبة بفعله إذا كان هو الذي أقامها وأمالو قامت حصة بما ينافي فعله قبلت ، وقد يقال بعدم سماع ما اعترف به مما ينافي فعله إذا كان متعلقاً بحق الغير وإن أخذ به في حقه لعموم إقرار العقلاء كما أن ظاهر الخبر عدم سماع دعواه حتى قامت بيئته بمقتضاها سواء كان هو المقيم لها أم لا مؤاخذه له بفعله المقتضى ترتب ذلك عليه فالمراد عدم سماع البيئته المكذوبة بالقول أو الفعل الذي ألغاه بفعله على أن قيام البيئته هنا حصة مبني على أن المقام منها باعتبار حق الله تعالى فيها . وأما إذا قلنا إن ذلك من حقوق الأدميين فلا سماع للبيئته المكذوبة بالقول أو الفعل ، نعم قد يقال بسماعها إذا أظهر تأويلاً مسموعاً لفعله .

و يمكن أن يقال : تارة يتكلم في المقام حسب ما يستظهر من الخبر المذكور فعلى فرض حجتيه من جهة عمل الأصحاب فالظاهر منه عدم قبول قول الرجل في وقوع الطلاق ولحقوق الولد به ولا مانع من الأخذ به وإن كان على خلاف القواعد ، وأخرى يتكلم على حسب القواعد فلغاثل أن يقول : فعل المسلم محكوم على الصحة لكنه لا يثبت الزوجية وعدم وقوع الطلاق ولذا يقال : لو تكلم أحد بكلام مردد بين الشتم والتسليم يحمل كلامه على عدم الشتم ولا يثبت التسليم حتى يجب رد السلام ، هذا

مضافاً إلى أنه يكون الفعل محمولاً على الصحة إذا لم يعترف الفاعل بالفساد لأن المدرك إن كان السيرة فالقدر المتيقن ما لو لم يعترف بالخلاف وإن كان الأخبار يشك شمولها لهذه الصورة و ظاهر كلمات الأصحاب لحقوق الولد بحيث يترتب عليه أحكام الأبوة و البنوة و ما ذكر من أن الإقرار لا يسمع في حق الغير بوجوب التفكيك بأن يرثه الولد ولا يرث هو .

و أما ما ذكر في الشهادة من قبولها فيما كان حقاً لله تعالى دون ما كان حقاً للناس إذا لم يكن هو مقيمها فالظاهر أنه ليس كذلك في غير مقام المرافعة فمقتضى عموم رواية مسعدة بن صدقة قبولها فلو شك في ملكية عين لأحد يريد بيعها و ليس في يده و شهد شاهدان بالملكية بدون أن يقيم المدعى البيّنة فالظاهر ترتب الأثر على شهادتهما و لا يخفى أنه مع الأخذ بمضمون الخبر المذكور فالحكم المذكور حكم ظاهري والرجل المدعى للطلاق لا بد له أن يعمل على طبق تكليفه . و إذا طلق الغائب وأراد العقد على أخت المطلقة أو على الخامسة فالمعروف أنه يترتب تسعة أشهر احتياطاً و الأصل في هذا الحكم ما رواه ثقة الإسلام قدس سره عن حماد بن عثمان في الحسن أو الصحيح قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن وهو غائب عنهن متى يجوز له أن يتزوج؟ قال: بعد تسعة أشهر وفيها أجلا ن فساد الحيض وفساد الحمل» (١) و جماعة ألحقوا بذلك تزويج الأخت . و يمكن أن يقال: إن استفيد من قوله عليه السلام على المحكمي وفيها أجلا ن الخ العلية اتجه إلحاق نكاح الأخت لكن يقع الاشكال من جهة أنه مع القول بأن أقصى الحمل عشرة أشهر أو سنة مقتضى القاعدة الترتيب إلى أقصى و حمل الخبر على الغالب و إن كان من باب ذكر الحكمة فلا وجه لإلحاق نكاح الأخت باختصاص النص بغيره فيكون تطليقه كتطليق الحاضر يترتب مقدار ثلاثة أقراء مع العلم بعادة المرأة أو ثلاثة أشهر ، ويدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال: «إذا طلق الرجل امرأته و هو غائب فليشهد على ذلك فإذا مضى ثلاثة

أشهر فقد انقضت عدتها^(١)، وقد يقال بتنافي هذه الصحيحة مع رواية حماد بن عثمان المذكورة لأن كليهما في طلاق الغائب ولا يعلم وجه لخصوصية لأحد الأربع فيستثنى من هذه القاعدة الاستفادة من هذه الصحيحة وغيرها من الأخبار ولا وجه للجمع إلا أهل الرواية الأولى يعني رواية حماد على المسترابة .

ويشكل من جهة أنه كيف يحكم بنحو القانون الكلي مع اختصاص الحكم بالفرد الغير الغالب ومع احتمال كون الحكم في رواية حماد من باب التعبد يؤخذ به ويكون الرواية مخصصة لمادلاً على الترتيب بثلاثة أشهر ولا مجال للتعدّي إلى نكاح الأخت ومع القطع بعدم اختصاص الحكم بنكاح أحد الأربع يكون التعارض باقياً ولا وجه للجمع المذكور .

﴿النظر الثالث في اللواحق وفيه مقاصد: الأول يكره طلاق المريض ويقع لو طلق ، ويرث زوجته في العدة الرجعية ، وترثه هي ولو كان الطلاق بائناً إلى سنة ما لم تتزوج أو يبرأ من مرضه ذلك﴾

أما كراهة طلاق المريض فيدل عليها ما عن عبيد بن زرارة في الموثق قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المريض أله أن يطلق امرأته في تلك الحال ؟ قال : لا و لكن له أن يتزوج إن شاء فإن دخل بها ورثته و إن لم يدخل بها فنكاحه باطل^(٢) » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة في الصحيح عن أحد هما عليه السلام قال : « ليس للمريض أن يطلق و له أن يتزوج فإن هو تزوج و دخل بها فهو جائز و إن لم يدخل بها حتى مات في مرضه فنكاحه باطل ولا مهر لها ولا ميراث^(٣) » .

و ظاهر هذين الخبرين كغيرهما و إن كان عدم الصحة وبطلان الطلاق لكنّه بملاحظة ماسياتي لا بد من الحمل على الكراهة .

(١) المصدر ج ٦ ص ١١١ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ١٢١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٣ و التهذيب ج ٢ ص ٢٧١ .

و أما وقوع الطلاق لو طلق فيدل عليه صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الرجل يحضره الموت فيطلق امرأته هل يجوز طلاقها ؟ قال : نعم ، وإن مات ورثته وإن ماتت لم يرثها ^(١) .

و أما ثبوت التوارث بينهما في العدة الرجعية فهو المعروف و يدل عليه موثق زرارة « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يطلق المرأة ؟ فقال : ترثه ويرثها مادام له عليها رجعة ^(٢) » .

و صحيحته عنه أيضاً « إذا طلق الرجل امرأته توارثا ما دامت في العدة فإذا طلقها التطليقة الثالثة فليس له عليها رجعة ، ولا ميراث بينهما ^(٣) » .

و الصحيح « أيما امرأة طلقت ثم توفى عنها زوجها قبل أن تنقضي عدتها ولم تحرم عليه فإنها ترثه و تعتد عدة المتوفى عنها زوجها و إن توفت و هي في عدتها لم تحرم عليه فإنه يرثها ^(٤) » .

و قد يستشكل من جهة إطلاق صحيح الحلبي المذكور حيث لم يفرق فيه بين البائن و الرجعي في عدم وراثة الزوج إذا ماتت المرأة مع أنه أخص من الأخبار الدالة على التوارث في العدة الرجعية و إن كانت الأخبار الدالة على التوارث في خصوص الرجعي و الصحيح المذكور أعم من جهة شموله للبائن و الرجعي ، و يمكن تقييده بخصوص البائن إلا أنه يوجب حمل المطلق على الفرد الغير الغالب ولا يناسب ذكر المطلق بنحو ضرب القانون ، و قد يجاب بتقييد صحيح المذكور بالأخبار الدالة على التوارث في العدة الرجعية و أن المراد من الصحيح ما لو طلق المريض زوجته و خرجت عن العدة . و تارة أخرى تقييده بالبائن ، و لا يخفى الاشكال في ما ذكر فأنه و إن دل الدليل على وراثة الزوجة - مع ما ذكر من الشرط في الاخبار - الزوج بعد انقضاء العدة إلا أنه لا يرفع التعارض بين الأخبار المذكورة و الصحيح

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٣ و التهذيب ج ٥ ص ٢٧٠ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٣٤ و التهذيب ج ٢ ص ٤٤٣ .

(٣) الفقيه كتاب الموارث باب توارث المطلق و المطلقة تحت رقم ١ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ .

المذكور بل لعل الوراثه في العدة كالمتيقن و لعله لذا احتيج إلى التعبير بمثل « و إن انقضت عدتها » في الأخبار الآتية و التقييد بالبائن ظهر الإشكال فيه ، فمقتضى القاعدة تقديم الصحيح المذكور في تلك الأخبار لكنه خلاف المشهور ، و أمّا وراثتها للزوج ولو كن الطلاق بائناً فالظاهر عدم الخلاف فيها و أنها ترثه ما بين الطلاق و بين سنة مالم تنزوج أو يبرأ من مرضه الذي طلقها فيه و يدل عليها النصوص المستفيضة منها ما رواه في الكافي عن أبي العباس في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا طلق الرجل المرأة في مرضه ورثته مادام في مرضه ذلك وإن انقضت عدتها ، إلا أن يصح منه ، قال : قلت : فإن طال به المرض ؟ قال : ما بينه و بين سنة » ^(١) .

و ما رواه في الكافي والفقيه عن الحذاء و أبي الورد عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا طلق الرجل امرأته تطليقة في مرضه ثم مكثت حتى انقضت عدتها فإنها ترثه ما لم تنزوج ، فإن كانت تزوجت بعد انقضاء العدة فإنها لا ترثه » ^(٢) .

و ما رواه في الكافي عن عبد الرحمن بن الحجاج في الموثق عن حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل طلق امرأته و هو مريض قال : إن مات في مرضه و لم تنزوج ورثته و إن كانت قد تزوجت فقد رخصت بالذي صنع فلا ميراث لها » ^(٣) .

و عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن رجل طلق امرأته و هو مريض حتى مضى لذلك السنة قال : ترثه إذا كان في مرضه الذي طلقها فيه لم يصح من ذلك » ^(٤) .

و ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي العباس في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت له رجل طلق امرأته و هو مريض تطليقة و قد كان طلقها قبل ذلك تطليقتين قال : فإنها ترثه إذا كان في مرضه » قال : قلت و ما حد المرض ؟ قال : لا يزال مريضاً

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ و ج ٧ ص ١٣٤ .

(٢) « » ١٢١ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ١٢٢ و ج ٧ ص ١٣٤ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ .

حتى يموت و إن طال ذلك إلى السنة ، (١) .

المقصد الثاني في المحلل و يعتبر فيه البلوغ والوطء في القبل بالعقد الصحيح الدائم ، و هل يهدم ما دون الثلاث ؟ فيه روايتان أشهرهما أنه يهدم ولو ادّعت أنها تزوّجت و دخل و طُلِّقت فالمروي القبول إذا كانت ثقة .

يشترط في المحلل أمور أحدها البلوغ على المشهور خلافاً للشيخ في المبسوط والخلاف و يدل على المشهور ما رواه في الكافي عن علي بن الفضل الواسطي قال : كتبت إلى الرضا عليه السلام : رجل طلق امرأته الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فتزوّجها غلاماً لم يحتلم ؟ قال : لا حتى يبلغ فكتبت إليه ما حدّ البلوغ ؟ قال : ما أوجب على المؤمنين الحدود ، (٢) .

وضف الرواية من جهة السند مجبور بعمل الأصحاب به ، واستدل أيضاً بما روى في عدة أخبار عنه عليه السلام « حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » وهو كما في كتب اللغة كناية عن لذّة الجماع وقيل : الإئزال وهو لا يتحقق إلا في البالغ ، واستدل للشيخ بقوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره » الصادق على الكبير والصغير مع استضعاف سند الخبر و حمل الحديث النبوي على ما يشمل المراهق لأن له لذّة الجماع .

ويمكن أن يقال : العمدة الخبر المذكورة المنجبر بالشهرة وإلا فلا مانع من الأخذ باطلاق قوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره » وأما دعوى الانصراف إلى الأفراد الكثيرة دون النادرة وحمل ذوق العسيلة على اللذة الكاملة الغير الحاصلة لغير البالغ حيث لا تتحقق إلا بالإئزال فلا يخفى ما فيها من الإشكال لأن مجرد الكثرة لا يوجب الانصراف ولا مجال لحمل ذوق العسيلة على ما يوجب الإئزال لأن الإئزال في المرأة غير غالب بل يكون نادراً على ما قيل فكيف يتحقق الذوق بالنسبة إليهما ومع الإجمال واحتمال كون المراد ذوق لذّة الجماع يؤخذ باطلاق الكتاب العزيز لأن الشبهة مفهومية فالمرجع الإطلاق .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٦ .

الثاني أن يطأ المحلل فلا يفي العقد المجرد عن الوطى و يدل عليه ما دل على اشتراط ذوق العسيلة . ومن الأخبار الدالة عليه ما رواه في الكافي عن أبي حاتم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن الرجل يطلق امرأته الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، ثم تزوج رجلاً لا يدخل بها قال : لا حتى يذوق عسيلتها » (١) . وما رواه في التهذيب عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام « في الرجل يطلق امرأته تطليقة ثم يراجعها بعد انقضاء عدتها فإذا طلقها الثالثة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فإذا تزوجها غيره ولم يدخل بها وطلقها أو مات عنها لم تحل لزوجها الأول حتى يذوق الآخر عسيلتها » (٢) .

الثالث أن يكون الوطى في القبل فلا يكفي في الدبر وهو مستفاد من ذوق العسيلة فإن المرأة لا تلتذ به بل ربما تنأذى .

الرابع كون الوطى موجبا للفعل بأن تغيب الحشفة أو قدرها من مقطوعها لما اعتبر في الأخبار من الدخول بالمرأة ، واستشكل في الاكتفاء به من جهة ما دل على اشتراط ذوق العسيلة وهو لا يحصل بمجرد هذا وإن كان الظاهر اتفاقهم على الكفاية . ويمكن أن يقال بعد اشتراط الدخول وذوق العسيلة لا يلزم أن يكون ذوق العسيلة من جهة خصوص الوطى حتى يقال : لا يكفي بل يحصل اللذة بالمقدّمات والملاعبة و يكون الوطى بهذا المقدار موجبا لتمامية اللذة ويتحقق الإزالة .

الخامس كون ذلك بالعقد الدائم فلا يكفي ملك اليمين والتحليل والنكاح متعة و يدل عليه ما رواه الشيخ في التهذيب عن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت له رجل طلق امرأته طلاقاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فتزوجها رجل متعة أتحل للأول ؟ قال : لا لأن الله تعالى يقول : « فإن طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها ، والمتعة ليس فيها طلاق » (٣) .

(١) المصدر ج ٥ ص ٢٢٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ .

(٣) المصدر ج ٢ ص ٢٥٩ .

والمستفاد من هذا الخبر أن ما ليس فيه طلاق لا يوجب العليّة سواء كان متعة أو تحليلاً أو ملك يمين ، والظاهر اتفاق الفقهاء على ما ذكر .

و أما هدم ما دون الثلاث بأن يكون التحليل كما يتحقق به هدم الثلاث يتحقق هدم ما دون الثلاث بمعنى أنه إذا طلق الزوج طقة واحدة أو طلقين ثم خرجت من العدة وتزوجت بغيره تزوجاً مشتملاً على شروط التحليل ثم طلقها أو مات عنها ثم رجعت إلى الزوج الأول بعقد جديد فهل تبقى معه على ثلاث تطليقات بمعنى أن هذا التزويج قد هدم الطلاق الأول بالكلية ولا يحسب تلك الطقة أو الطلقتان أو أنها تبقى معه على ما بقي من الثلاث بمعنى أن تزوج الثاني لم يهدم الطلاق الأول فتبقى بعد عودها إلى الأول على واحدة أو اثنتين قولان وروايتان الأشهر الأول و يدل على الهدم ما رواه ثقة الإسلام في الكافي عن رفاعه في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن رجل طلق امرأته حتى بات منه وانقضت عدتها ثم تزوجت زوجاً آخر فطلقها أيضاً ثم تزوجها زوجها الأول أيهدم ذلك الطلاق الأول ؟ قال : نعم ، (١) .

و روى الشيخ في التهذيب عن رفاعه بن موسى قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل طلق امرأته تطليقة واحدة فتبين منه ، ثم يتزوجها آخر فطلقها على السنة فتبين منه ثم يتزوجها الأول على كم هي عنده ؟ قال : على غير شيء ، ثم قال : يا رفاعه كيف إذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجها ثابته استقبل الطلاق فإذا طلقها واحدة كانت على اثنتين ، (٢) .

و ما رواه في التهذيب عن عبد الله بن عقيل بن أبي طالب عليه السلام قال : « اختلف رجلان في قضية إلى علي عليه السلام و عمر في امرأة طلقها زوجها تطليقة أو اثنتين فتزوجها آخر فطلقها أو مات عنها فلما انقضت عدتها تزوجها الأول ، فقال عمر : هي تمكث على ما بقي من الطلاق قال أمير المؤمنين عليه السلام : سبحان الله أيهدم ثلاثاً ولا يهدم واحدة ، (٣) .

و في قبال ما ذكر أخبار آخر منها ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن و في

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٨ و ٢٥٩ .

التهذيب في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سألته عن رجل طلق امرأته تطليقة واحدة ، ثم تركها حتى انقضت عدتها ، ثم تزوجها رجل غيره ، ثم إن الرجل مات أو طلقها فراجعها الأول ؟ قال : هي على تطليقتين باقيتين ، ^(١) .

و ما رواه في الكافي عن علي بن مهزيار في الصحيح قال : كتب عبد الله بن محمد إلى أبي الحسن عليه السلام ، روى بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته على الكتاب والسنة فتبين منه بواحدة فتزوج زوجها غيره فيموت عنها أو يطلقها فترجع إلى زوجها الأول أنها تكون عنده على تطليقتين وواحدة قد مضت ؟ فوقع عليه السلام بخطه صدقوا . و روى بعضهم أنها تكون عنده على ثلاث مستقبلات وأن تلك التطليقة ليست بشيء لأنها قد تزوجت زوجها غيره ؟ فوقع بخطه : لا ، ^(٢) .

و ما رواه الشيخ في الصحيح عن منصور ، عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة طلقها زوجها الأول واحدة أو اثنتين ، ثم تركها حتى تمضي عدتها فتزوجها غيره فيموت أو يطلقها فيتزوجها الأول ؟ قال : هي عنده على ما بقي من الطلاق ، ^(٣) .

و رواه أيضاً بسند آخر في الصحيح عن ابن مسكان عن محمد الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام مثله ^(٤) . إلى غير ما ذكر من الأخبار ، والمشهور لم يعملوا بهذه الأخبار مع ملاحظة صحة السند و كثرتها والموافقة لإطلاق الكتاب أعني قوله تعالى « فإن طلقها فلا تعلّ له حتى تنكح زوجاً غيره » ، حيث أن المراد كما ورد في الأخبار به أنه إذا طلقها الثالثة وهو أعم من أن يتخلل نكاح زوج غيره أم لا ولو ادّعت المرأة أنها تزوجت ودخل الزوج بها و طلقها فالمشهور قبول قولها في ذلك وإن لم تكن ثقة .

و ربما يتمسك بمادّة على قبول قول المرأة إذا ادّعت أنها لا زوج لها ويشكل من جهة مغايرة المقام مع دعواها أنها لا زوج لها بل المستفاد من رواية حماد الصبيحة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل طلق امرأته ثلاثاً فبانت منه فأراد مراجعتها فقال لها :

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٦ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢٢٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ .

إنني أريد مراجعتك فتزوجني زوجاً غيري فقالت لي قد تزوجت زوجاً غيرك و حللت لك نفسي أنصديق و يراجعها و كيف يصنع ؟ قال : إذا كانت المرأة ثقة صدقت في قولها ، ^(١) .

وقد يحمل هذه الرواية على النذب لعدم القائل بالشرعية و عدم مدخلية الوثيقة في قبول قول المدعى ولا يخفى الإشكال فيه لعدم تحقق إجماع في المقام و عدم مدخلية الوثيقة للمدعى في مقام المرافعة عند الحاكم لا ينافي حجبة قول الثقة في غير مقام الترافع ، ألا ترى أن اليد حجة ولا يحكم الحاكم بمجردها بل لابد من اليمين حتى يفصل الخصومة والمستفاد من الأخبار حجبة قول الثقة وظاهر الرواية الشرعية فلا مانع من الأخذ بمضمونها في المقام .

﴿ المقصد الثالث في الرجعة تصح نطقاً كقوله راجعت ، و فعلاً كالوطي والقبلة واللمس بالشهوة ، ولو أنكر الطلاق كان رجعة ، ولا يجب في الرجعة الإشهاد بل يستعقب ورجعة الأخرس بالإشارة ، وفي رواية بأخذ القناع . ولو ادعت انقضاء العدة في الزمان الممكن قبل ﴾ .

لا خلاف في مشروعية الرجعة و يدل عليه الكتاب والسنة ولا خلاف أيضاً في أنها تصح نطقاً كقوله راجعتك و رجعتك ، ولا شك في أن الرجعة من الإيقاعات المتحققة بإنشاء الزوج المطلق و على هذا فكل ما يصدق عليه الرجعة من القول والفعل إذا تحقق قبل انقضاء العدة في غير الطلاق البائن يوجب بقاء زوجية السابقة ، نعم لا مانع من جعل ما لا يصدق معه الرجعة رجعة تنزيلاً أو جعله طريقاً شرعاً إلى الرجعة فمثل الوطي والقبلة إن كان مقروناً بقصد الرجوع يكون رجعاً وإن لم يكن مقروناً بالقصد فإن استفيد من الدليل كفايته في تحقق الرجعة ليس رجعاً حقيقة بل نزل منزلة الرجوع وإن استفيد من الدليل ترتب الأثر عليه مع الشك أمكن أن يكون من جهة الطريقية ، فمع القطع بعدم القصد لا يكفي .

و مما يدل على وقوع الرجعة بالوطي ما رواه الصدوق عن الحسن بن محبوب في الصحيح عن محمد بن القاسم قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام : من غشي امرأته بعد انقضاء العدة جلد الحد و إن غشيها قبل انقضاء العدة كان غشيانه إياها رجعة » (١) .

الظاهر عدم شمول هذا الخبر صورة الغفلة والنسيان حيث إنه لا يجلد معه الحد بعد انقضاء العدة فلا بد أن يكون مع الالتفات والتأمل فتارة يكون بقصد الرجوع ولا إشكال في تحققه وأخرى لا بقصد الرجوع بل لقضاء الشهوة بحيث لا يبالي بأي نحو أمكن فشمول الخبر لهذه الصورة لا يخلو عن الإشكال لاحتمال أن يكون النظر إلى عدم الحاجة في الرجعة إلى القول كالطلاق المحتاج إلى اللفظ الخاص ، وأن يكون النظر إلى حمل فعل المسلم على الصحة ، وأن يكون فعله بقصد الرجعة نظير بيع ذي الخيار العين المبيعة فمع عدم القصد كيف يتحقق الرجعة مع أنها من الأمور القصدية غاية ما يقال أن إطلاق الخبر يشمل صورة عدم قصد الرجوع لكنه مع ملاحظة اشتراط القصد بل ركنيته في الإيقاعات كيف يؤخذ بالإطلاق مع احتمال كون النظر إلى رفع توهم لزوم اللفظ أو إلى عدم التوجه إلى الشك مع احتمال عدم القصد إلى الرجعة إلا إن يتحقق الإجماع على الكفاية مع عدم القصد ولو أنكر الطلاق كان إنكاره رجعة بلا خلاف ظاهراً . و يدل عليه صحيحة أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن امرأة ادّعت على زوجها أنها طلقها تطليقة طلاق العدة طلاقاً صحيحاً يعني على طهر من غير جماع و أشهد لها شهوداً على ذلك ثم أنكر الزوج بعد ذلك ؟ فقال : إن كان إنكار الطلاق قبل انقضاء العدة فإن إنكاره للطلاق رجعة لها وإن أنكر الطلاق بعد انقضاء العدة فإن على الإمام أن يفرق بينهما بعد شهادة الشهود بعد ما تستحلف أن إنكاره الطلاق بعد انقضاء العدة و هو خاطب من الخطاب » (٢) .

و عن الفقه الرضوي عليه السلام « وأدنى المراجعة أن يقبلها أو ينكر الطلاق فيكون

(١) النقيه باب ما يجب به التعزير والحد تحت رقم ١٨ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٢ .

إنكار الطلاق رجعة ، وقد يستظهر من ذلك عدم اعتبار قصد معنى الرجوع في الرجعة ضرورة أن إنكار أصل الطلاق منافي لقصد الرجعة به ، ومن هنا استشكل بعضهم الحكم المزبور بأن الرجعة مترتبة على الطلاق و تابعة له و إنكاره يقتضي إنكار التابع فلا يكون رجعة و إلا لكان الشيء سبباً في النقيضين ، بل يكفي فيه قوله حينئذ : « هي زوجتي » .

و يمكن أن يقال : يستفاد من قوله تعالى « و بعولتهن أحق بردهن » ، اعتبار حقيقة الرد والرد محتاج إلى الإيحاء فإِنْكار الطلاق تارة يكون باعتقاد الزوج عدم وقوع الطلاق أصلاً و تكذيب الزوجة في تحققه ، و أخرى يكون مع اعتقاده وقوع الطلاق ، ففي الصورة الثانية يرجع الإِنْكار إلى التمسك بالزوجة بالملازمة أو بالتضمن و لعل هذا هو مراد المحقق - قدس سره - في الشرايع من قوله : كان ذلك رجعة ، لأنه يتضمن التمسك بالزوجة . وأما الصورة الأولى فليس فيه التمسك إلا نشائي بل تخطيط لما تدعى المرأة فشمول الخبر له يحتاج إلى الالتزام بكون الإنكار تزل منزلة الرجعة تبعداً فلا مجال لدعوى أن الرجعة ليست من الإبقاءات المحتاجة إلى القصد و شمول الخبر لهذه الصورة بعيد لبعد خطأ الزوج مع وقوع الطلاق .

و أما ما ذكر من « أن » إنكار الطلاق إنكار التابع فلا يكون رجعة - إلخ ، فيمكن أن يجاب عنه بأن اللازم التمسك بالزوجة بعد ما كانت متزلزلة من جهة الطلاق الرجعي قابلة للزوال بانقضاء العدة فانكار تزلزله من جهة الطلاق لا ينافي التمسك فلا يكون الإنكار سبباً للنقيضين و مع تعليل المصنف - قدس سره - بأن إنكار الزوج يتضمن التمسك بالزوجة يشكل دعوى الاتفاق على كون الإنكار رجعة في كلتا صورتين .

و أما عدم وجوب الأشهاد في الرجعة فلا خلاف فيه ظاهراً و يدل عليه جملة من الأخبار منها ما رواه في الكافي عن زرارة و محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إن الطلاق لا يكون بغير شهود و إن الرجعة بغير شهود رجعة ، و لكن يشهد

بعد فهو أفضل ، (١) .

و عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام : « في الذي يراجع ولم يشهد ؟ قال : يشهد أحب إلي ولا أرى بالذي صنع بأساً » ، (٢) .

و في صحيحة محمد بن مسلم : « وإنما جعل الشهود مكان الميراث » ، (٣) .

و إما استحباب الإشهاد فلما في ما ذكر من قوله عليه السلام على المحكي ، « فهو أفضل و يشهد أحب إلي » ، لكنه لم يظهر أن الإشهاد مستحب شرعي مولوي أو يكون لأمر آخر من عدم وقوع النزاع في نحو الميراث كما ذكر في الصحيحة فلعله للإرشاد . و أما تحقق الرجعة بإشارة الأخرس فالمعروف أنه لم يعثر فيه على رواية والمحكي عن الشيخ علي بن الحسين في رسالته إلى ولده : الأخرس إذا أراد أن يطلق امرأته ألقى على رأسها قناعها يربها أنها قد حزمت عليه و إذا أراد مراجعتها كشف القناع عنها يرى أنها قد حلت . و نحو ذلك في كتاب المقنع لابن . و هذا القول قد جعله الشيخ و ابن البراج رواية و كذلك المحقق في المتن أسنده إلى الرواية ، نعم روي الكليني عن السكوني عن الصادق عليه السلام أنه قال : « طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها و يعتزلها » ، (٤) .

و نصب هذا القول في الشرايع إلى الشذوذ ، و يمكن أن يقال بعد ما لم يعتبر في الرجعة لفظ خاص أو فعل خاص فكل ما يصدق عليه الرجعة يكفي ولو لم يدل دليل على اعتباره بالخصوص و لو ادعت انقضاء العدة في الزمان الممكن أي المحتمل فالمعروف قبول قولها و مع إنكار الزوج والترافع القول قولها مع يمينها و يدل على قبول قولها قول أبي جعفر عليه السلام على المحكي في صحيح زرارة أو حسنه « العدة والحيض للنساء إذا ادعت صدقت » ، (٥) .

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٣ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٦١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٢ و التهذيب ج ٢ ص ٢٦١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٨ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٠١ . و التهذيب ج ١ ص ١١٣ .

وما رواه الشيخ في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « العدة والحيض إلى النساء » ^(١) .

و روى أمين الإسلام الفضل بن الحسن الطبرسي عن الصادق عليه السلام في قوله تعالى « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن » قال : قد فوّض الله إلى النساء ثلاثة أشياء : الحيض والطمهر والحمل .

و غير ما ذكر من النصوص الدالة على تصديقها وقد يقال : إن مقتضى الإطلاق عدم الفرق بين دعوى المعتاد وغيره لكن قرّب في اللمعة عدم قبول دعوى غير المعتاد من المرأة إلاّ بشهادة أربع نساء مطلعات على باطن أمرها ناسباً له إلى ظاهر الروايات ففي التهذيب مسنداً عن أمير المؤمنين صلوات الله عليه أنه قال : في امرأة ادّعت أنها حاضت في شهر واحد ثلاث حيض أنه كلّوا نسوة من بطانتها هل كان حيضها فيما مضى على ما ادّعت فإن شهدن صدّقت وإلا فهي كاذبة » ^(٢) .

و عن الشيخ حملة على التهمة جمعاً بين الأخبار ، واستشكل بأن الخبر المذكور معارض بالأصح سنداً وأكثر عدداً .

و يمكن أن يقال : مقتضى الأخبار المذكورة تصديق قولها إلاّ أنه إذا ادّعت ما يوثق بخلافه - والوثوق طريق عند العقلاء - فشمول الأخبار لهذه الصورة بدعوى إطلاقها لها مشكل ألا ترى أن القائلين بوجوب الاحتياط في أطراف الشبهة المقرونة بالعلم الإجمالي يفرّقون بين الشبهة المحصورة وغير المحصورة ، والظاهر أن الوجه في عدم لزوم الاحتياط ليس إلاّ موهوئية الاحتمال لا لزوم الحرج أو غيره ممّا يرخّص به عدم الاحتياط ولعلّ التعبير في كلام المصنّف - قدس سرّه - « في الزمان الممكن » لا يشمل هذه الصورة فتأمل .

﴿ المقصد الرابع في العدد ، والنظر في فصول : الأوّل لأعدّة على من لم يدخل بها عدى المتوفى عنها زوجها ، ونعني بالدخول الوطى قبلاً أو دبراً ولا تجب بالخلوة

(١) التهذيب ج ٢ ص ٠٠٠ .

(٢) التهذيب ج ١ ص ١١٣ .

الثاني في المستقيمة الحيض ، وهي تعدُّ بثلاثة أطهار على الأشهر إذا كانت حرّة ، وإن كانت تحت عبد . وتحتسب بالطهر الذي طلقها فيه ولو حاضت بعد الطلاق بلحظة ، وتبين برؤية الدّم الثالث . وأقل ما تنقضي به عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان ، وليست الأخيرة من العدة بل دلالة الخروج .

لا عدّة على الزوجة الغير المدخول بها سواء بانت بطلاق أو فسخ إلا المتوفى عنها زوجها إتفاقاً ، ويدل عليه من الكتاب العزيز في الطلاق قوله عز وجل : « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدّة تعتدونها » .

ومن الأخبار في ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن الرجل إذا طلق امرأته ولم يدخل بها ، فقال : قد بانت منه و تزوج من ساعتها إن شاءت » (١) .

وما رواه في الكافي في الصحيح عن زرارة ، عن أحدهما عليهما السلام « في رجل تزوج امرأة بكرة ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها ثلاث تطليقات في كل شهر تطليقة ؟ قال : بانت منه في التطليقة الأولى و اثنتان فضل و هو خاطب يتزوجها متى شاءت و شاء بمهر جديد قيل له فله أن يراجعها إذا طلقها تطليقة واحدة قبل أن تمضي ثلاثة أشهر قال : لا إنما كان يكون له أن يراجعها أو كان دخل بها أو لا و أمّا قبل أن يدخل بها فلا رجعة له عليها فقد بانت منه ساعة طلقها » (٢) .

و عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا طلق امرأته قبل أن يدخل بها فليس عليها عدّة تزوج من ساعتها و بينهما تطليقة واحدة وإن كان فرض لها مهراً فلها نصف ما فرض » (٣) .

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٢ والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٧ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٨٣ .

ولا خلاف ظاهراً في أن المراد بالدخول الوطى قبلاً أو دبراً وطياً موجباً للفسل واستدل على ذلك بقول أبي عبدالله عليه السلام في حسنة الحلبي « في رجل دخل بامرأته إذا التقى الختان وجب المهر والعدّة »^(١) وبهذا المضمون أخبار آخر^(٢).

و في الصحيح عن عبدالله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سأله أبي و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأة فأدخل عليه فلم يمستها ولم يصل إليها حتى طلقها هل عليها عدّة منه ؟ قال : إنما العدّة من الماء ، قيل له : وإن كان يواقعها في الفرج ولم ينزل ؟ فقال : إذا أدخله وجب المهر والفسل والعدّة »^(٣).

و في الموثق ، عن يونس بن يعقوب عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سمعته يقول : لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج »^(٤).

وقد يستشكل في شمول الأخبار الوطى في الدبر و ما في خبر عبدالله بن سنان المذكور من التعليق على الإدخال في الفرج منصرف إلى الافراد الشايعة لا النادرة ، و يمكن أن يقال : بعد ما كان المتكلم في مقام البيان لا بدّ من ظهور كلامه بحيث يرتفع الشبهة وليس كل غلبة و شيوع يرتفع منه الشبهة ، و بعبارة أخرى لا بدّ أن يكون الانصراف بمنزلة التقييد اللفظي وليس المقام من هذا القبيل مع أنّه وردني بعض الأخبار أنّه أحد المأنيين .

و استشكل أيضاً في صورة انصباب المنى في الفرج بدون إدخال من جهة أن الأصل في الاعتداد التعرّز عن اختلاط المياه و من جهة ترتب العدّة على الوطى والدخول .

و يمكن أن يقال : لا مانع من الأخذ بقوله عليه السلام على المحكي في صحيح عبدالله بن سنان « إنما العدّة من الماء ، والظاهر أن الحصر إضافي في قبال عدم المس »

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ .

(٢) راجع الكافي ج ٦ ص ١٠٩ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ .

(٤) المصدر ج ٦ ص ١٠٩ بدون ذكر « في الفرج » .

يوجه فلا ينافيه قوله بعد ذلك « إذا أدخله وجب المهر والغسل والعدّة » لمنع استفادة العليّة المنحصرة من القضية الشرطيّة بل لازم استفادة العليّة المنحصرة في المقام لغوية مدخليّة الماء في العدّة هذا مضافاً إلى أن مقتضى قوله تعالى « وأولات الأهل أجلهنّ أن يضعنّ حملهنّ » ثبوت العدّة مع الحمل ، وقد يستشكل في المقام بأنّ الآية إنّما يراد منها بيان مدّة العدّة للحامل لا أن المراد منه بيان وجوب العدّة على الحامل .

و يمكن أن يقال : إذا ثبت الإطلاق في مدّة العدّة للحامل يثبت أصل العدّة بالملازمة و لعلّ هذا نظير استدلال الإمام عليه السلام على المحكيّ بقوله تعالى « فإن طلقها - النخ » لانحصار المحلل في الناكح بالنكاح الدائم .

و أمّا ثبوت العدّة للمتوفى عنها زوجها ولو لم تكن مدخولاً بها فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

و أمّا عدم ثبوت العدّة بمجرّد الخلوة فلما ذكر في كتاب النكاح من توجيه الأحكام الحاكمة بكون الخلوة كالدهول ، ثمّ إنّه بعد ثبوت العدّة فمع كون المرأة مستقيمة الحيض تعدّ بثلاثة أقراء وهي الاطهار على الأشهر إذا كانت حرّة ، سواء كانت تحت حرّاً أو تحت عبد ، والعمدة في المقام الأخبار الواردة في تفسير القرء و إن كان القرء يستعمل في الطهر والحيض بحسب اللغة . والأخبار الدالة على أنّها الاطهار منها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في الحسن قال : « الأقرء هي الاطهار » ^(١) .

فما رواه في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « القرء ما بين الحيضتين » ^(٢) .

و عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام مثله ^(٣) .

و عن زرارة في الصحيح أو الحسن قال : « سمعت ربيعة الرأي يقول : إنّ من رأيي أن الأقرء التي سمى الله عزّ وجلّ في القرآن إنّما هو الطهر فيما بين الحيضتين فقال : كذب لم يقله برأيه و لكنّه إنّما بلغه عن عليّ عليه السلام ، فقلت : أصلحك الله كن عليّاً عليه السلام يقول ذلك ؟ فقال : نعم إنّما القرء الطهر تقرأ فيه الدّم فتجمعه فإذا

جاء الحيض دفته ، (١) .

وفي المروي عن مجمع البيان و تفسير العياشي عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام : « أن علياً صلوات الله عليه كان يقول : إنما القراء الطهر يقرأ فيه الدم فتجمعه فإذا جاء الحيض قذفته ، قلت : رجل طلق امرأته من غير جماع بشهادة عدلين ؟ قال : إذا وقعت في الحيضة الثالثة انقضت عدتها وحلت للأزواج ، قلت : أهل العراق يروون أن علياً عليه السلام يقول : إنه أحق برجعتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة فقال : كذبوا . »

وفي قبال ما ذكر أخبار آخر منها ما رواه الشيخ في التهذيب في الصحيح عن الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « عدة التي تحيض و يستقيم حيضها ثلاثة أقراء وهي ثلاث حيض ، (٢) . وعن أبي بصير وهو المرادي في الصحيح مقطوعاً مثله (٣) . »

و عن القدّاح في الموثق عن أبي عبد الله ، عن أبيه عليه السلام قال : قال علي عليه السلام : « إذا طلق الرجل المرأة فهو أحق بها ما لم تغتسل من الثالثة ، (٤) . »

و عن إسحاق بن عمار ، عن حدّثه ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى عمر فسألته عن طلاقها قال : اذهبي إلى هذا فاسأليه - يعني علياً عليه السلام - فقالت لعلي عليه السلام : إن زوجي طلقني ؟ قال : غسلت فرجك ؟ قال : فرجعت إلى عمر فقال : أرسلتني إلى رجل يلعب ، قال : فردّه إليه مرتين كل ذلك ترجع و تقول : يلعب ، قال : فقال لها : انطلقى إليه فإنه أعلمنا ، قال : فقال لماعلي عليه السلام : غسلت فرجك ؟ قالت : لا ، قال : فزوجك أحق ببيضك ما لم تغتسل فرجك ، (٥) . »

(١) الحيض في اللغة بمعنى السيلان والقراء بمعنى الجمع ، و لما كان اندم في أيام الطهر ساكناً غير سيال و يجمع الرحم هذا الدم و يدفقه في زمان الحيض سمي حيضاً فظهر عدم اشتراك القراء في الحيض والطهر فاستعمال القراء بمعنى الحيض مجاز . والخبر في الكافي ج ٦ ص ٨٩ .

(٢) الاستبصار ج ٣ ص ٣٣٠ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٨٤ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٤ والاستبصار ج ٣ ص ٣٢٩ .

وعن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام «في الرجل يطلق امرأته تطليقة على طهر من غير جماع يدعها حتى تدخل في قرئها الثالث و يحضر غسلها ثم يراجعها و يشهد على رجعتها ، قال : هو أملك بها ما لم تحل لها الصلاة» ^(١) .

والمشهور حمل هذه الأخبار على التقيّة وقد ذكر في بعض الأخبار تكذيب ما ينسب إلى عليّ صلوات الله عليه . هذا إذا كانت المرأة حرة ولو كان تحت عبد لما سيجيء إن شاء الله تعالى من أن عدّة الأمة قرءان .

و أما احتساب الطهر الذي وقع فيه الطلاق فلما دلّ على أن الدخول في الحيضة الثالثة موجب للخروج عن العدّة ولا يتصور ذلك إلا باحتساب الطهر الذي وقع فيه الطلاق .

و أما انقضاء العدّة بستّة وعشرين يوماً ولحظتين فلا مكان وقوع الطلاق في لحظة الطهر و رؤية دم الحيض ثلاثة أيام أقلّ أيام الحيض وحصول الطهر بعد الثلاثة عشرة أيام أقلّ الطهر ، و رؤية الدّم ثلاثة أيام ثمّ الطهر عشرة أيام ثمّ رؤية الدّم لحظة واللحظة الأخيرة بملاحظة الدلالة على تماميّة الطهر الأخير وليس الدّاخلة لما ثبت من أن الأقراء الأطهار ليس غير .

﴿ الثالث في المسترابة و هي التي لا تحيض وفي سنّها من تحيض ، وعدّها ثلاثة أشهر . و هذه تراعى الشهور والحيض و تعتدّ بأسبقهما . أمّا لو رأت في الثالث حيضة و تأخّرت الثانية أو الثالثة صبرت تسعة أشهر لاحتمال الحمل ثمّ اعتدّت بثلاثة أشهر ، وفي رواية عمّار تصبر سنة ثمّ تعتدّ بثلاثة أشهر ﴾ .

أمّا المسترابة التي لا تحيض و هي في سنّ من تحيض فعدها ثلاثة أشهر و هذه تراعى الشهور والحيض و تعتدّ بأسبقهما و استدللّ بعموم قوله تعالى «واللّائي يشنّ من المعيض من نسائكم إن ارتبتم فعدّتهنّ ثلاثة أشهر واللّائي لم يحضنّ ، و فسرّ اللّائي يشنّ من المعيض باللّائي لا تدرّون لكبر ارتفع حيضهنّ أم لعارض لأنهنّ لو كنّ

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٤ والاستبصار ج ٢ ص ٢٣١ .

في سنّ من لا تحيض لم يكن للارتباب معنى ، والأخبار منها ما رواه في الكافي والتهذيب في الحسن أو الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام : « أمران أيّهما سبق بآنت به المطلقة المستترابة تستريب الحيض إن مرّت بها ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بآنت به ، وإن مرّت به ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة أشهر بآنت بالحيض » قال ابن أبي عمير : « قال بهيل : و تفسير ذلك أن مرّت بها ثلاثة أشهر إلّا يوماً فحاضت ثمّ مرّت بها ثلاثة أشهر إلّا يوماً فحاضت ثمّ مرّت بها ثلاثة أشهر إلّا يوماً فحاضت فهذه تعدّ بالحيض على هذا الوجه ولا تعدّ بالشهور ، وإن مرت بها ثلاثة أشهر بيض لم تحض فيها فقد بآنت » ^(١) .

و ما رواه في الكافي عن زرارة في الموثق عن أحدهما عليهما السلام قال : « أيّ الأمرين سبق إليها فقد انقضت عدّها إن مرّت ثلاثة أشهر لا ترى فيها دم فقد انقضت عدّها فإن مرّت ثلاثة أقراء فقد انقضت عدّها » ^(٢) إلى غير ما ذكر من الأخبار .

أمّا لو رأت في الشهر الثالث حيضة و تأخّرت الحيضة الثانية أو الثالثة فالمشهور أنّها صبرت تسعة أشهر لاحتمال الحمل ثمّ اعتدّت بثلاثة أشهر والأصل في هذا الحكم ما رواه الشيخ في التهذيب عن سورة بن كليب قال : « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقة على طهر من غير جماع طلاق السنة و هي ممّن تحيض فمضى ثلاثة أشهر فلم تحض إلّا حيضة واحدة ، ثمّ ارتفعت حيضتها حتّى مضت ثلاثة أشهر أخرى و لم تدر ما رفع حيضها قال : إذا كانت شابة مستقيمة الطمث فلم تطمث في ثلاثة أشهر إلّا حيضة ثمّ ارتفع طمثها فلا تدري ما رفعها فإنّها ترتبّ تسعة أشهر من يوم طلقها ثمّ تعتد بعد ذلك ثلاثة أشهر ثمّ تزوّج إن شاءت » ^(٣) ثمّ إنّ هذه الرواية و إن كانت تخالف الأخبار السابقة الدّالة على أنّ الشهور والحيض أيّهما سبق بآنت المرأة لكنّها أخصّ من تلك الأخبار و لهذا يؤخذ بمضمونها ؛ و لكنّه استشكل في تعميمها من جهة اختصاصها بخصوص مستقيمة الحيض دون غيرها فلا بدّ من الاقتصار عليها .

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٨ والتهذيب ج ٢ ص ٢٨٢ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ١٠٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٨١ .

ويمكن أن يقال وجه الأخصيته إذا كان جهة استقامة الحيض فلا بد من اختصاص مورد تلك الأخبار بغير صورة استقامة الحيض ولعله لا يخلو من البعد لأن دم الحيض طبيعي بحيث يكون انقطاعه خلاف الطبيعة فلعل الغالب فيه الاستقامة ولا أقل من كون صورة عدم الاستقامة غير الغالب فكيف يحمل الأخبار الواردة بعنوان القانون الكلي على غير الغالب وأما ما في المتن من الصبر تسعة أشهر فبعيد من جهة أن الحمل يستبين بأقل من هذه المدّة فكيف يحمل الخبر المذكور على هذا . وأما رواية عمارة عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل عقد امرأة شابة وهي تحيض كل شهرين أو ثلاثة أشهر حيضة واحدة كيف يطلقها زوجها ؟ فقال : أمرها شديد تطلق طلاق السنة تطليقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود ، ثم ترك حتى تحيض ثلاث حيض متى حاضت فإذا حاضت ثلاثاً فقد انقضت عدتها ، قيل له : وإن مضت سنة ولم تحض فيها ثلاث حيض ؟ قال : إذا مضت سنة ولم تحض ثلاث حيض يترتب بها بعد السنة ثلاثة أشهر ثم قد انقضت عدتها ، قيل : فإن مات أو ماتت ؟ فقال : أيهما مات ورث صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهراً ،^(١) فالظاهر أنه لم يعمل بمضمونها ، وحكى عن الاستبصار حملها على ضرب من الندب والاحتياط ، ويشكل من جهة أنه كيف يؤخذ بما في ذيلها من الوراث ما بينه وبين خمسة عشر شهراً مع انقضاء العدّة واقعاً .

ولا عدّة على الصغيرة ولا اليائسة على الأشهر ، وفي حدّ اليأس روايتان أشهرهما خمسون سنة ولو رأت المطلقة الحيض مرة ثم بلغت اليأس أكملت العدّة بشهرين ، ولو كانت لا تحيض إلّا في خمسة أشهر أو ستة اعتدت بالأشهر . المعروف أنه لا عدّة على الصغيرة مع الدخول بها ولا على اليائسة ويدل عليه أخبار منها حسنة زرارة عن الصادق عليه السلام « في الصبية التي لا تحيض مثلها والتي قد يشئت من المحيض ليس عليهما عدّة وإن دخل بهما »^(٢) .

وموثقة عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام « ثلاث يتزوجن على كل حال : التي

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٨ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨٥ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٧ .

لم تحض و مثلها لا تحيض ، قلت : و ما حدُّها ؟ قال : إذا أتى لها أقلُّ من تسع سنين و التي لم يدخل بها ، و التي قد يشت من المحيض و مثلها لا تحيض ، قلت : و ما حدُّها ؟ قال : إذا كان لها خمسون سنة ، ^(١) .

و صحيح حماد بن عثمان « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التي يشت من المحيض و التي لا تحيض مثلها ؟ قال : ليس عليهما عدَّة » ^(٢) .

و حسنة محمد بن مسلم « سألت (سمعت خ ل) أبا جعفر عليه السلام « يقول في التي يشت من المحيض يطلقها زوجها ، قال : بانت منه ولا عدَّة عليها » ^(٣) .

و حسنة محمد بن مسلم عنه أيضاً « التي لا تحبل مثلها لا عدَّة عليها » ^(٤) .

و تعيين حدِّ اليأس بخمسين سنة هنا يخالف التحديد المذكور في باب الحيض حيث فصل بين غير القرشيَّة و القرشيَّة و حدَّد في القرشيَّة بستين ، و لعلَّ التحديد المذكور هنا محمولٌ عليَّ الغالب ، و لعلَّ الغالب في القرشيَّة أيضاً في هذه الأعصار حصول اليأس بعد بلوغ خمسين سنة .

و في قبال ما ذكر أخبار آخر منها مضمرة أبي بصير « عدَّة التي لم تبلغ المحيض ثلاثة أشهر و التي قد قعدت من المحيض ثلاثة أشهر » ^(٥) .

و خبر ابن سنان عن الصادق عليه السلام « في الجارية التي لم تدرك الحيض يطلقها زوجها بالشهور » ^(٦) .

و خبر هارون بن حمزة الغنوي « سألت عن جارية طَلقت و لم تحض بعد فمضى لها شهران ثم حاضت أتعده بالشهرين ؟ قال : نعم و تكمل عدتها شهراً ، قال : فقلت : أتكمل

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ . و الكافي ج ٦ ص ٨٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ . و الكافي ج ٦ ص ٨٥ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٨٥ و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٧ .

عدتها بحيضة ؟ فقال : لا ، بل بشهر يمضي آخر عدتها على ما يمضي عليه أولها ،^(١) إلى غير ما ذكر من الأخبار .

و الظاهر عدم العمل بهذه الأخبار والمخالف في المسئلة السيد المرتضى وغيره واستدل بقوله « واللائي يثن من المبيض - الخ - » بحمل الارتياح على الجهل بالحكم مؤيداً بما روي في سبب نزول الآية أن أبي بن كعب قال : يا رسول الله إن عدداً من عدد النساء لم تذكر في الكتاب الصغار والكبار وأولات الأحمال ، فأنزل الله تعالى الآية فكان هذا دالاً على أن المراد من الارتياح ما ذكرنا لا الارتياح بأنها آيسة لأنه تعالى قد قطع في الآية على اليأس من المبيض والمشكوك في حالها والمرتاب في أنها تحيض أو لا تحيض لا تكون آيسة على أنه لو كان المراد ذلك لكان حقه أن يقول : إن ارتبتن لأن المرجع في ذلك إليهن ولما قال « إن ارتبتم » علم إرادة الارتياح بالمعنى الذي ذكرنا .

وأجيب بأنه خلاف الظاهر من التعبير بالارتياح إذ لو كان ذلك المراد لكان المناسب التعبير بالجهل على أن جميع الأحكام واردة على حال الجهل بها فيكون حينئذٍ لافائدة فيه ، وخبر أبي مع أنه مقدوح فيه بأنه إن صحّ لزم تقدّم عدّة ذوات الأقران مع أنها إنما ذكر في البقرة وهي مدنيّة وتلك الآية في الطلاق وهي مكّيّة في المشهور لا تعيين في غير البالغة والياثسة ، وما حكاه عن جمهور المفسرين في تفسير الآية معارض بما في المحكي عن مجمع البيان في تفسيرها قال : فلا تدرّون لكبر ارتفع حيضهن أم لعارض فعدّتهن ثلاثة أشهر و هن اللواتي أمثالهن يحض لهن لو كنّ في سن من لا تحيض لم يكن للارتياح معنى ، وهذا هو المروي عن ائمتنا عليهم السلام ففي الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن قول الله عز وجل « إن ارتبتم ما الرّيبة فقال : ما زاد على شهر فهو ريبة ، فلتعدّ ثلاثة أشهر ولترك الحيض ، وما كان في الشهر

لم يزد في الحيض على ثلاث حيض فعدتها ثلاث حيض ، (١) .

قال الشيخ - رحمه الله تعالى - : الوجه فيه أنه إن تأخر الدّم عن عاداتها أقل من الشهر فليس لرؤية الحمل بل ربما كان لعلّة فلتعتدّ بالأقراء فإن تأخر الدّم شهراً فأفانه يجوز أن يكون للحبل فتعتدّ ثلاثة أشهر ما لم تر فيها دمًا .

و يمكن أن يقال : ممّا يبعد حمل الارتياب على الجهل بالحكم أن ظاهر القضية الشرطية مدخلية الشرط في الجزاء ولا ترى في المقام مدخلية للجهل بالحكم لثبوت الاعتداد بثلاثة أشهر ، ونظر جمهور المفسرين بالاستناد إلى قول المعصوم أقرينة حالية أو مقالية مع عدم الظهور اللفظي ما معنى حجّيته ، فبعد ورود الأخبار وعدم العمل بالأخبار المعارضة لا مجال للعدول عن المشهور .

و لو رأت المطلقة الحيض مرّة ثمّ بلغت اليأس أكملت العدّة بشهرين بلا خلاف ظاهراً لخبر هارون بن حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام « في امرأة طلقت وقد طعنت في السنّ فحاضت حيضة واحدة ، ثمّ ارتفع حيضها ؟ قال : تعتدّ بالحيض وشهرين مستقبلين فإنّها قد يشئت من المحيض » ، (٢) .

و لو كانت لا تحيض إلّا في خمسة أشهر أو ستة أشهر اعتدّت بالأشهر دون الأقراء بلا خلاف ظاهراً و يدلّ عليه خبر أبي بصير عن الصادق عليه السلام « إنّه قال في المرأة التي يطلقها زوجها و هي تحيض كلّ ثلاثة أشهر حيضة ، فقال : إذا انقضت ثلاثة أشهر انقضت عدّتها يحسب لها لكلّ شهر حيضة » ، (٣) .

و خبر أبي مريم عنه عليه السلام أيضاً « عن الرّجل كيف يطلق امرأته و هي تحيض في كلّ ثلاثة أشهر حيضة واحدة ؟ قال : يطلقها تطليقة واحدة في غرّة شهر فإذا انقضت ثلاثة أشهر من يوم طلاقها فقد بانت منه و هو خاطب من الخطاب » ، (٤) .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٠ والتهذيب ج ٢ ص ٢٨٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٠ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٨٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٩٩ . والاستبصار ج ٣ ص ٣٢٥ .

(٤) الاستبصار ج ٣ ص ٣٢٤ والتهذيب ج ٢ ص ٢٨٢ .

و من المعلوم كون المراد من حيضها في كل ثلاثة أشهر بعدها .
 و في صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : أنه قال في التي تحيض في كل ثلاثة أشهر مرة أو في ستة أو في سبعة أشهر والمستحاضة التي لم تبلغ المحيض و التي تحيض مرة ويرتفع مرة و التي لا تطمع في الولد و التي قد ارتفع حيضها وزعمت أنها لم تياس و التي ترى الصفرة من حيض ليس بمستقيم . فذكر أن عدة هؤلاء كلهن ثلاثة أشهر ، ^(١) .

و قد سبق ما دل من الأخبار على الاعتداد بأسبق الأمرين من الأقراء والثلاثة أشهر .

و الرابع في الحامل وعدتها في الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة ولو لم يكن تاماً مع تحققه حملاً . ولو طلقها فادعت الحمل تربص بها أقصى الحمل . ولو وضعت توأماً بات به على تردد . ولا تنكح حتى تضع الآخر ، ولو طلقها رجعيّاً ثم مات استأنفت عدة الوفاة ، ولو كان بائناً اقتصر على إتمام عدة الطلاق .

المشهور أن عدة الحامل في الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة و يدل عليه قوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » ، والأخبار منها ما رواه في الكافي عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا طلقت المرأة وهي حامل فأجلها أن تضع حملها وإن وضعت من ساعتها » ^(٢) .

و ما رواه في الفقيه في الصحيح والكليني في الموثق عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : « سألت عن العجلى إذا طلقها زوجها فوضعت سقطاً ثم أولم يتم فقد انقضت عدتها وإن كان مضغة ، قال : كل شيء وضعته يستبين أنه حمل ثم أولم يتم فقد انقضت عدتها وإن كان مضغة » ^(٣) .

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٩ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ٨٢ .

(٣) الفقيه باب طلاق الحامل تحت رقم ٦ . والكافي ج ٦ ص ٨٢ .

و ما رواه في التهذيب عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن رجل طلق امرأته و هي حبلى و كان في بطنها اثنان فوضعت واحداً و بقي واحد ؟ قال : تبين بالأول و لا تحل للأزواج حتى تضع ما في بطنها ، ^(١) إلى غير ما ذكر من الأخبار .

والمحكمي عن الصدوق والسيد المرتضى أن عدة الحامل أقرب الأجلين من الوضع و مضى ثلاثة أشهر . و يدل على هذا القول ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « طلاق الحامل واحدة و عدتها أقرب الأجلين ، ^(٢) .

و عن الحلبي في الصحيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « طلاق الحبلى واحدة و أجلها أن تضع حملها ، و هو أقرب الأجلين ، ^(٣) .

و رواه في الكافي أيضاً عن ابن مسكان عن أبي بصير في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام مثله ^(٤) .

و أوجب بحمل قوله عليه السلام على المحكمي أقرب الأجلين على أن وضع الحمل أقرب باعتبار جواز حصوله بعد الطلاق بلحظة أو أيام يسيرة بخلاف التحديد بالثلاثة الأشهر .

و أورد عليه بأن الوضع قد يكون أبعد الأجلين فكيف يوصف بأنه أقرب الأجلين و لازم هذا أن يجعل الجملة و هي أقرب الأجلين في صحيح الحلبي المذكور حالاً بمعنى أنه مع الأقربة تعند بالوضع لامع الأبعدية . ويمكن الجواب بأنه مع عدم الأقربة بحسب الغالب كيف جعل الأجل وضع الحمل بقول مطلق في الكتاب والأخبار .

و يدل على كفاية الوضع ولو لم يكن ما وضعته تماماً صحيح عبد الرحمن المذكور .

فلو طلقها فادعت الحمل تربص بها أقصى الحمل والظاهر أنه سنة واستدل عليه

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٠ والكافي ج ٦ ص ٨٢ .

(٢) (٢٠٣ و ٢) الكافي ج ٦ ص ٨٢ والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ .

- مضافاً إلى الوجدان كما حكى عن المسالك حيث قال : قد وقع في زماننا - صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج « سمعت أبا إبراهيم عليه السلام يقول : إذا طلق الرجل امرأته فادّعت حبلاً انتظرت تسعة أشهر فإن ولدت وإلا اعتدت بثلاثة أشهر ، ثم قد بانت منه » (١) .

وخبر محمد بن حكيم عن أبي إبراهيم أو ابنه عليه السلام أنه قال : « المطلقة طلقها زوجها فتقول : أنا حبلى فتمكث سنة قال : إن جاءت به لاكثر من سنة لم تصدق و لو ساعة واحدة في دعواها » (٢) .

و لو وضعت نوأماً فهل تبين بوضعه قبل وضع الآخر؟ فيه قولان أحدهما أنها تبين وإن لم تنكح إلا بعد وضع الآخر . وهو مختار الشيخ في النهاية و ابن البراء و حمزة و ابن الجنيد - قدس سرهم - وعليه تدل رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله المتقدمة و قال صاحب مجمع البيان وروي أصحابنا : إن الحامل إذا وضعت واحداً انقطعت عصمتها من الزوج ولا يجوز أن تعقد على نفسها لغيره حتى تضع الآخر . و يمكن أن يكون نظره إلى هذه الرواية . و استشكل من جهة ضعف الرواية و عدم الجابر لضعفه .
والقول الآخر أنها لا تبين إلا بوضع الجميع استظهاراً مما دل على انقضاء العدة بالوضع . ولا يخلو عن الإشكال لا مكان أن يقال : وضعت حملها بعد وضع أحدهما كما أن الطبيعة متحققة بتحقيق فرد منها .

و مع الشك إن بنى على جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية كما هو المعروف بين الأكابر المتأخرين يستصحب بقاء العدة ، و مع التأمل فيه يشكل الأمر من جهة رجوع الزوج إليها في زمان الشك والوراثة إذا مات أحد الزوجين و سائر ما يترتب على بقاء العدة و انقضائها فلا بد من الاحتياط إن أمكن .

ولو طلقها رجعيّاً ثم مات استأنفت العدة عدّة الوفاة بلا خلاف ظاهراً و يدل عليه الأخبار منها المرسل عن أحدهما عليه السلام « في رجل طلق امرأته طلاق يملك فيه

الرجعة ، ثم مات عنها قال : تعتد بأبعد أجلين أربعة أشهر و عشراً ، ^(١) .

و خبر هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل كان تحت امرأه طلقها ، ثم مات قبل أن تنقضي عدتها قال : تعتد بأبعد الأجلين عدّة المتوفى عنها زوجها ، ^(٢) .

و خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليهما السلام قال : « سمعته يقول : إيتما امرأة طلقت ثم توفى عنها زوجها قبل أن تنقضي عدتها ولم تحرم عليه فإنها ترثه ثم تعتد عدّة المتوفى عنها زوجها وإن توفت وهي في عدتها ولم تحرم عليه فإنها يرثها - الحديث ، ^(٣) .

و خبر سماعة « سألت عن رجل طلق امرأته ثم إنّه مات قبل أن تنقضي عدتها؟ قال : تعتد عدّة المتوفى عنها زوجها ولها الميراث ، ^(٤) إلى غير ما ذكر مضافاً إلى أنّه بحكم الزوجة فيشملة قوله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر و عشراً » هذا على تقدير زيادة عدّة الوفاة على عدّة الطلاق .

و يمكن أن يقال : لم يظهر من الأخبار المذكورة انتفاء أثر الطلاق من حيث لزوم العدّة ولذا لاشبهة في أنّه مع الحمل لا بدّ من الصبر إلى الوضع حتى مع التأخر عن عدّة الوفاة ورفع الشك والترديد في صورة زيادة المدّة التي وجب التربص فيها من من جهة الطلاق و مع عدم انتفاء أثر الطلاق لا بدّ من التداخل في المدّة الباقية من عدّة الطلاق مع عدّة الوفاة ، والتداخل خلاف الأصل وإثبات التداخل بالإطلاق المقامي بأن يقال في مقام الجواب عن الأسئلة المذكورة : لم يذكر غير وجوب عدّة الوفاة ولو كان أمراً آخر واجباً لكان اللازم بيانه فمع عدم البيان يظهر عدم وجوبه مشكلاً لأنّه يكفى في البيان الأدلة الدالة على لزوم العدّة للطلاق ، هذا و لكن ظاهر كلماتهم نسلم عدم لزوم غير عدّة الوفاة مع زيادة عدّة الوفاة أو التساوي .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٠ والتهذيب ج ٢ ص ٢٩١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢١ والتهذيب ج ٢ ص ٢٧١ و ٢٩١ .

(٣) الفقيه باب طلاق المريض تحت رقم ٣ .

ويمكن أن يكون من جهة أن عدّة الطلاق بعده بلا فصل فمع وقوع الوفاة في عدّة الطلاق لا بدّ من التداخل حفظاً للاتصال فقاعدة عدم التداخل لا تجري في المقام كما أن عدّة الوفاة بعد وصول خبر الموت فمع الاجتماع لا بدّ من التداخل إلا أن يقال : غاية الأمر وقوع التعارض فعلى القول بجريان الاستصحاب في أمثال المقام لا بدّ من عدم التداخل والأخذ بكلّ من المسببين والاحتياط .

وإذا زاد أحد العدتين فلا بدّ من حفظ الزيادة فذات الأقراء إذا زادت عدتها عن عدّة الوفاة كما لو رأت الدّم في كلّ شهرين ونصف مرّة فأقراؤها تزيد عن عدّة الوفاة كما أنه لو دلّ الدليل على وجوب التربّص من جهة ارتباب الحمل لا من جهة الاحتساب في العدّة لزم مراعاته .

ومع كون الطلاق بائناً لا يجب على المرأة عدّة الوفاة لانقطاع العصمة والظاهر عدم الخلاف فيه .

و خبر عليّ بن إبراهيم ، عن بعض أصحابنا « في المطلقة البائنة إذا توفّي عنها زوجها وهي في عدّها قال : تعتدّ بأبعد الأجلين »^(١) متروك للقطع والإرسال فلا يعارض ما يستفاد من الأخبار من مدخلة الزوجيّة وعدم انقطاع العصمة .

❦ الخامس في عدّة الوفاة ، تعتدّ الحرّة بأربعة أشهر وعشرة أيّام إذا كانت حائلاً صغيرة كانت أو كبيرة دخل بها أو لم يدخل ، و بأبعد الأجلين إن كانت حاملاً و يلزمها الحداد وهو ترك الزينة دون المطلقة ، ولا حداد على أمة ❦ .

تعتدّ الحرّة وإن كان تحت عبد عدّة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيّام إذا كانت حائلاً في النكاح الدائم بالإجماع والأخبار المستفيضة مضافاً إلى قوله تعالى « و الذين يتوفّون منكم ويذرون أزواجاً يتربّصن بأنفسهنّ أربعة أشهر وعشراً » ومن الأخبار ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام « في الرّجل يموت وتحتة امرأة لم يدخل بها » قال : لها نصف المهر و لها الميراث كاملاً ، و عليها

العدّة كاملة ، (١) .

و ما رواه في الكافي عن عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح عن رجل عن عليّ ابن الحسين عليه السلام : « في المتوفى عنها زوجها ولم يدخل بها أن لها نصف الصداق ولها الميراث وعليها العدّة » ، (٢) .

و منها ما رواه الصدوق عن محمد بن أذينة عن زرارة في الصحيح قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام ما عدّة المتعة إذا مات عنها الذي يتمتع بها ؟ قال : أربعة أشهر و عشراً قال : ثم قال : يا زرارة كلّ النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرّة كانت أو أمة وعلى أي وجه كان النكاح منه متعة أو تزويجاً أو ملك يمين فالعدّة أربعة أشهر و عشراً وعدّة المطلقة ثلاثة أشهر ، والأمة المطلقة عليها نصف ما على الحرّة وكذلك المتعة عليها ما على الأمة » ، (٣) .

و أمّا قوله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصيّة لأزواجهم متاعاً إلى الحول » بناءً على أن المراد منه الاعتداد بالسنة فهو منسوخ بقوله تعالى المذكور آنفاً .

و تبين المرأة بانتهاء اليوم العاشر حسب ما ادّعى من الاتفاق و يدلّ عليه ما عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « المتوفى عنها زوجها لا تطيب ولا تزين حتى تنقضي عدّتها أربعة أشهر و عشرة أيّام » ، (٤) خلافاً لبعض حيث قال : بأنها تبين بطلوع الفجر العاشر لتذكير العدد المقتضى لتأنيث المميز فيكون ليالي .

و أمّا الحامل فعدها أبعد الأجلين بلا خلاف ظاهراً و يدلّ عليه من الأخبار ما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة في الموثق قال : « قال المتوفى عنها زوجها الحامل أجلها آخر الأجلين إذا كانت حبلى فتمت لها أربعة أشهر و عشراً ولم تضع فإنّ عدّتها إلى أن تضع وإن كانت تضع حملها قبل أن يتم لها أربعة أشهر و عشراً تعتدّ بعد ما تضع

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٨ .

(٢) الفقيه باب المتعة تحت رقم ٢٥ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٧ .

تمام أربعة أشهر وعشراً و ذلك أبعد الأجلين ، (١) .

و ما رواه في الكافي عن عبد الله بن سنان في الموثق قال : « المتوفى عنها زوجها عدتها آخر الاجلين » ، (٢) .

و عن محمد بن قيس في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة توفى عنها زوجها وهي حبلى فولدت قبل أن تنقضي أربعة أشهر وعشراً فتزوجت فقضى أن يخلى عنها ثم لا يخطبها حتى ينقضي آخر الأجلين ، فإن شاء أولياء المرأة ألكحوها وإن شأوا أمسكوها ، فإن أمسكوها ردوا عليه ماله » ، (٣) إلى غير ما ذكر من الأخبار الواردة في هذا المقام .

و أما لزوم الحداد بمعنى ترك الزينة في البدن واللباس على الزوجة المتوفى عنها زوجها فلا خلاف فيه ظاهراً و يدل عليه الأخبار منها صحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام « سأله عن المتوفى عنها زوجها ، فقال : لا تكتحل للزينة ولا تطيب ولا تلبس ثوباً مصبوغاً ولا تبث عن بيتها و تقضي الحقوق و تمتشط بنفسه و تحج إن كانت في عدتها » ، (٤) .

و ما رواه في الكافي عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال فيه : « فتمسك عن الكحل والطيب والاصباغ » ، (٥) .

و عن أبي العباس قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : المتوفى عنها زوجها ؟ قال : لا تكتحل للزينة ولا تطيب ولا تلبس ثوباً مصبوغاً ولا تخرج لهاراً ولا تبث عن بيتها قلت : أرايت إن أرادت أن تخرج إلى حق كيف تصنع ؟ قال : تخرج بعد نصف الليل

(٢١) الكافي ج ٦ ص ١١٣ ، و النهذيب ج ٢ ص ٢٩١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٤ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٤ . والنسالة - بالكسر - : ما تجعله المرأة في شعرها

عند الانتشار .

(٥) المصدر ج ٦ ص ١١٢ .

و ترجع عشاءً ، (١) .

و عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « المتوفى عنها زوجها ليس لها أن تطيب ولا تزين حتى تنقضي عدتها أربعة أشهر و عشرة أيام » ، (٢) .

و عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن المرأة يتوفى عنها زوجها و تكون في عدتها أتخرج في حق ؟ فقال : إن بعض نساء النبي صلى الله عليه وآله سألته فقالت : إن فلانة توفى زوجها فتخرج في حق ينوبها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله : أف أكن قد كنتن من قبل أن أبث فيكن ؟ و أن المرأة منكن إذا توفى عنها زوجها أخذت بعة فرمت بها خلف ظهرها ، ثم قالت لا أمتشط ولا أكتحل ولا أختضب حولاً كليلاً وإنما أمرتكن بأربعة أشهر وعشراً ، ثم لا تصبرن لا تمتشط ولا تكتحل ولا تختضب ولا تخرج من بيتها نهاراً ولا تبث عن بيتها ، فقالت : يا رسول الله فكيف تصنع إن عرض لها حق ؟ فقال : تخرج بعد زوال الليل و ترجع عند المساء فتكون لم تبث عن بيتها ، قلت له : فتصح ؟ قال : نعم ، (٣) .

و يظهر من بعض الأخبار جواز بعض ما يكون ممنوعاً في الأخبار المذكورة من ذلك ما رواه في الفقيه في الصحيح قال : « كتب الصفار إلى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام في امرأة مات عنها زوجها و هي في عدته منه و هي محتاجة لا تجد من ينفق عليها و هي تعمل للناس هل يجوز لها أن تخرج و تعمل و تبث عن منزلها في عدتها ؟ قال : فوقع عليه السلام : لا بأس بذلك إن شاء الله تعالى ، (٤) .

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن عمار الساباطي في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه سئل عن المرأة يموت زوجها هل يحل لها أن تخرج من بيتها في عدتها ؟ قال : نعم وتختضب و تدخن و تمشط و تصنع ما شاءت لغير زينة من زوج ، (٥) .

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٦ .

(٢ و ٣) الكافي ج ٦ ص ١١٧ . والنوب نزول الامر ، والظاهر أن الرمي بالبرء و رواه

الظاهر كناية عن الامراض من الزوج فتأمل .

(٤ و ٥) المصدر باب طلاق التي لم يدخل بها تحت رقم ١٢ .

و ما رواه في الكافي عن ابن بكير في الموثق قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التي توفي عنها زوجها تحج ؟ قال : نعم و تخرج و تنتقل من منزل إلى منزل ، ^(١) . و قد يجمع بين الأخبار السابقة و بين هذه الأخبار بحمل الأخبار المجوزة على صورة الضرورة و لا يخفى بعده ، ويمكن أن يقال : قد قيّد في صحيح ابن أبي يعفور المذكور و ما روي عن أبي العباس الاكتحال بكونه للزينة و لعل وحدة السياق تقيّد غيره من المذكورات بهذا القيد أيضاً ؟ و لا أقل من عدم الإطلاق فلا يبعد اعتبار القصد لأن الاكتحال في نفسه زينة فذكر للزينة يفيد اعتبار القصد فتعريف الحداد شرعاً بمطلق الزينة مشكك و على هذا يمكن الجمع بحمل الأخبار المجوزة على صورة عدم قصد الزينة لكن ظاهر كلماتهم لا يساعد على هذا الجمع ، هذا في غير الخروج عن البيت و البيتوة في غير منزلها ، و أما هما فخارجان عن الزينة فلا يبعد الجمع بالحمل على الكراهة .

و يمكن ترجيح الخروج و البيتوة في غير منزلها لجهة أخرى فروى في الكافي عن معاوية بن عمار في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن المرأة المتوفى عنها زوجها تعتد في بيتها أو حيث شاعت ؟ قال : لا بل حيث شاعت إن علياً عليه السلام لما توفي عمرأتى أم كلثوم فانطلق بها إلى بيته ، ^(٢) .

و عن سليمان بن خالد في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة توفي عنها زوجها أين تعتد في بيت زوجها تعتد أو حيث شاعت ؟ قال : حيث شاعت ، ثم قال : إن علياً عليه السلام لما مات عمرأتى أم كلثوم فأخذ بيدها فانطلق بها إلى بيته ^(٣) ، فتأمل .

و أما عدم الحداد على المطلقة رجعية كانت أو بائنة فلا خلاف فيه ظاهراً و يدل عليه ما رواه في الكافي عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إن عدة المتوفى

(١) المصدر ج ٦ ص ١١٨ .

(٢) و (٣) المصدر ج ٦ ص ١١٥ .

عنها زوجها آخر الأجلين لأن عليها أن تعد أربعة أشهر وعشراً، وليس عليها في الطلاق أن تعد،^(١).

و ما رواه في الكافي عن مزار بن موسى الساباطي في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن المرأة إذا اعتدت هل يحل لها أن تختضب في العدة؟ قال: لها أن تكتحل و تدهن و تمتشط و تصبغ و تلبس الصبغ و تختضب بالحناء و تصنع ما شاعت لغير ريبة من زوج،^(٢).

و عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام المطلقه تشوفت لزوجها ما كان له عليها رجعة ولا يستأذن عليها،^(٣).

و عن أبي بصير عن أحدهما عليه السلام في المطلقة تعتد في بيتها وتظهر له زينتها لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً،^(٤).

وأما ما رواه الشيخ في التهذيب عن محمد بن يعقوب بسنده إلى مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام عن علي عليه السلام قال: المطلقة الرجعية المتوفى عنها زوجها لا تكتحل ولا تطيب ولا تختضب ولا تمتشط^(٥)، فلا يبعد حملها على المطلقة الرجعية المتوفى عنها زوجها في عدة الطلاق حيث إنها بحكم الزوجة ومع عدم الحمل على ما ذكر فهو غير معمول به.

و أما عدم الحداد على الأمة فلما رواه ثقة الإسلام في الصحيح عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام أن الأمة والحرّة كلتيهما إذا مات عنهما زوجها سواء في العدة إلا أن الحرّة تعد والأمة لا تعد،^(٦) و به تقيّد المطلقات.

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٤.

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٢.

(٣) الكافي ج ٦ ص ٩١ و النشوف: التزين. و قوله ما كان، أي مادام.

(٤) الكافي ج ٦ ص ٩١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٥.

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٣.

(٦) الكافي ج ٦ ص ١٧٠.

السادس في المفقود لا خيار لزوجته إن عرف خبره أو كان له وليٌ ينفق عليها ،
ثم إن فقد الأمران و رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها أربع سنين فإن وجدته و إلا
أمرها بعدة الوفاة ثم أباحها النكاح فإن جاء في العدة فهو أملك بها وإن خرجت و
تزوجت فلا سبيل له ، وإن خرجت و لم تتزوج فقولان ، أظهرهما أنه لا سبيل له
عليها .

المفقود المنقطع خبره إذا تبين موته فلا إشكال و إن علم حياته و لم يعلم أنه في
أي بلد فقد يقال بوجوب الصبر على زوجته إلى أن يعلم تطليقه لها أو موته وأن طالت
العدة ولا تجوز لها أن تتزوج بل يجب الإيفاق عليها من ماله إن كان له مال وإلا فمن
بيت المال ، نعم إذا حصل لها العلم بموته من القرائن جاز لها ذلك ويجوز للغير تزويجها
إذا لم يعلم كذبها لجملة من الأخبار الدالة على جواز نكاح امرأة ادّعت أن لا زوج
لها و إن علم كونها مزوجة سابقاً ، و أما إذا لم يعلم موته ولا حياته فإن كان له مال
ينفق عليها أو أنفق عليها وليه أو متبرّع وجب عليها الصبر ، ولا يجوز أن تتزوج
لاستصحاب حياته ، ومقتضى الاستصحاب عدم جواز تزويجها أيضاً لأن جملة من الأخبار
تدل على أنها إن لم تصبر و أرادت أن تتزوج تصبر أربع سنين للفحص عن حياته و
موت زوجها فإن لم يتبين أحد الأمرين أمرها الحاكم بالاعتداد أو يطلقها أو يأمر
وليّه أن يطلقها ثم يجوز لها أن تتزوج بعد العدة و هذا المقدار متفق عليه عندهم .
و يمكن أن يقال : ما ذكر من العلم بالحياة مع فرض كون الزوج مفقوداً لا أثر
لعله مجرد فرض و لعل المراد الاطمینان بالحياة بحسب العادة ثم إنه لم يعلم وجه
لزوم الإيفاق من بيت المال بل مع تمكّنها من تحصيل نفقتها عليها كسائر الناس و مع
عدم التمكن يكون حالها حال ساير الفقراء ينفق عليها من الصدقات و مع عدم التمكن
يجب على المكلفين نفقتها .

ثم إن الأخبار الآتية بعضها يكون مطلقاً يشمل صورة العلم بالمعنى المذكور و
بعضها المقيد بغير نفي السند ، والظاهر وقوع التعارض بينها و لا تقبل الجمع العرفي
فنقول : اختلف في أمور أحدها أنه هل يشترط طلاقها بعد مدة التبرّص أو يكفي

أمر الحاكم لها بالاعتداد من غير حاجة إلى الطلاق ؟. الثاني هل اللازم عليها عدة الوفاة أو عدة الطلاق ؟ الثالث هل اللازم من الأول رفع أمرها إلى الحاكم لضرب الأجل و الفحص في الأطراف أو يكفي مضي أربع سنين قبل الرجوع إلى الحاكم ؟ الرابع هل المدة من حين فقد خبره وصدق كونه مفقوداً أو من حين تعيين الحاكم ؟ ومنشأ هذه الاختلافات اختلاف الأخبار فمنها صحيح العلبي عن أبي عبدالله عليه السلام « عن المفقود قال عليه السلام : المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالي أو يكتب إلى الناحية التي هو غائب فيها فإن لم يوجد له أثر أمر الوالي وليه أن ينفق عليها فما أنفق عليها فهي امرأته قال : قلت : فإنها تقول : فإنني أريد ما تريد النساء ؟ قال : ليس لها ذلك ولا كرامة ، فإن لم ينفق عليها وليه أو وكيله أمره بأن يطلقها و كان ذلك عليها طلاقاً واجباً ^(١) .

وهذا الخبر يشمل صورة العلم بالحياة بمعنى الاطمينان كما لو أخبر المخبر برؤيته في خلال الغيبة ، ثم بعد ذلك انقطع أثره و مقتضى هذا الخبر اشتراط الطلاق والظاهر أن المدة اللازمة عليها عدة الطلاق .

ومنها خبر يزيد بن معاوية عن أبي عبدالله عليه السلام « عن المفقود كيف يصنع بامرأته ؟ قال : ما سكنت عنه و صبرت فخل عنها ، فإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجّلها أربع سنين ، ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه فيسأل عنه فإن خبر عنه بحياته صبرت وإن لم يخبر عنه بشيء حتى تمضي أربع سنين دعى ولي الزوج المفقود فقبل له : هل للمفقود مال ؟ فإن كان له مال أنفق عليها حتى تعلم حياته من موته وإن لم يكن له مال قيل للولي : أنفق عليها فإن فعل فلا سبيل لها أن تتزوج ما أنفق عليها وإن أبي أن ينفق عليها أجبره الوالي على أن يطلق تطليقة في استقبال العدة وهي طاهرة فيصير طلاق الوالي طلاق الزوج فإن جاء زوجها من قبل أن تنقضي عدتها من يوم طلقها الوالي فبداله أن يراجعها فهي امرأته وهي عنده على تطليقتين وإن انقضت العدة قبل أن يجيء أو يراجع فقد حلت للأزواج ولا سبيل للأول عليها ^(١) .

و مقتضى هذا الخبر أيضاً اعتبار الطلاق و ظاهره لزوم كون العدة بعد الرّفْع و تعيين الحاكم بخلاف الصحيح السابق حيث يستفاد منه كفاية مضيّ المدة و لو قبل الرّفْع إلى الحاكم و من غير تعيينه و مقتضاه أنّه مع الإخبار بالحياة لا بدّ لها من الصبر .

و منها خبر أبي الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة غاب عنها زوجها أربع سنين ولم ينفق عليها ولم تدر أحيّ هو أم ميتت أيجبر وليّه على أن يطلقها ؟ قال : نعم ، و إن لم يكن له وليّ يطلقها السلطان . قلت : فإن قال الوليّ أنا أنفق عليها ؟ قال : فلا يجبر على طلاقها ، قلت : أرايت إن قالت : أنا أريد ما تريد النساء ولا أصبر ولا أقعدكما أنا ، قال : ليس لها ولاكرامة إذا أنفق عليها ، ^(٢) .

و ظاهر هذا الخبر أيضاً عدم لزوم كون المدة بعد رفع الأمر إلى الحاكم و لزوم الطلاق و أنّه مع الانفاق عليها لا تطلق و يجب عليها الصبر .

و منها مرسلّة الفقيه « إن لم يكن للزّوج وليّ طلقها الوالي و يشهد شاهدين عدلين فيكون طلاق الوالي طلاق الزّوج و تعتدّ أربعة أشهر و عشرأ ، ثمّ تنزّوج إن شاءت ^(٣) » و تظهر منها و من سابقها تقدّم طلاق الوليّ على طلاق الوالي .

و منها موثّق سماعة قال : « سألتّه عن المفقود فقال : إن علمت أنّه في أيّ أرض فهي تنتظر له أبداً حتّى يأتيها موته أو يأتيها طلاقه ، و إن لم تعلم أين هو من الأرض كلّها ولم يأتيها منه كتاب و لا خبر فإنّها تأتّي الامام فيأمرها أن تنتظر أربع سنين فيطلب في الأرض فإن لم يوجد أثر حتّى تمضي أربع سنين أمرها أن تعتدّ أربعة أشهر و عشرأ ، ثمّ تحلّ للأزواج ، فإن قدم زوجها بعد ما تنقضي عدّتها فليس له عليها رجعة ، و إن قدم وهي في عدّتها أربعة أشهر و عشرأ فهو أملك برجعته » ، ^(٤) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٧ و الفقيه باب طلاق المفقود تحت رقم ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٨ .

(٣) الفقيه باب طلاق المفقود تحت رقم ٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٢٨ .

و مقتضى هذا الخبر كفاية أمر الحاكم بالاعتداد من غير حاجة إلى الطلاق وأما النبوي « تصبر امرأة المفقود حتى يأتيها يقين موته أو طلاقه » و العلوي « هذه امرأة ابتليت فلتصبر » و خبر السكوني أن « علياً عليه السلام قال في المفقود : « لا تزوج امرأته حتى يبلغها موته أو طلاق أو لحوق بأهل الشرك ^(١) » فلا عامل بها .

وقد يقال : مقتضى الجمع بين الأخبار المذكورة لزوم الطلاق بتقييد خبر سماعه بسائر الأخبار و لزوم كون العدة عدّة وفاة بتقييد أخبار الطلاق بخبر سماعه والمرسل و لزوم رفع الأمر إلى الحاكم و كون ضرب الاجل بتعيينه و كون ابتداء الاجل من حين ضربه بتقييد خبر الحلبي و خبر أبي الصباح بخبر بريد و خبر سماعه ، والحاصل أنه يحمل المطلق منها على المقيّد و المجمل على المفصّل فيصير الحاصل أن « عند انقطاع خبره إذا لم يكن من ينفق عليها مع إرادتها التزويج وجب رفع أمرها إلى الحاكم فيضرب لها المدّة و يتفحص عن زوجها و بعد انقضائها يأمر وليّة أن يطلقها و إذا لم يكن له وليّ أو امتنع فيطلقها هو و تعدّ عدّة الوفاة ثمّ تزوّج إن شئت مع أن هذا مقتضى الاحتياط .

و يمكن أن يقال : أن « ما ذكر من الجمع خلاف ما يقال في مقام آخر من أنه مع تعدّد القضية الشرطيّة و اختلاف الجزاء مع وحدة الشرط يؤخذ بمقتضى كلّ من القضيتين أو القضايا و يجعل الجزاء متعدّداً من دون تقييد بعض بالآخر ، و وجهه بأن الظاهر في كلّ شرطيّة تعيّن الجزاء مع كونها نصّاً في الكفاية فيرفع اليد عن الظهور بالنص . و هذا الجمع أقرب ممّا ذكر حيث إن ظاهر الأخبار المذكورة كون الإمام صلوات الله عليه في مقام بيان تمام ماله الدّخل في حلّة المرأة للزّواج فكيف يكتفي ببعض ماله الدّخل ، وهذا نظير ما يقال في التعريف والتحديد من لزوم الاحتراز عمّا يوجب الاختلال فهل يمكن ذكر الطلاق الملازم للعدّة المخصوصة بدون ذكر عدّة الوفاة مع إرادتها ، و هل يمكن عدم ذكر الطلاق مع ركنيته للمقام و ما ذكر من المبعّدات للجمع المذكور ، ثمّ إنّه يشكّل ما ذكر من أن الجمع المذكور مقتضى

الاحتياط أيضاً حيث إنَّ عدَّة الطلاق قد تزيد على عدَّة الوفاة كما لورأت المرأة الدَّم في كلِّ شهرين ونصف مرَّة فمع هذا إذا اعتدت أربعة أشهر وعشر أَلَمْ تعمل ما يطابق الاحتياط لاحتمال لزوم الاعتداد بعدَّة الطلاق الزائدة عليها .

ثمَّ إنَّ ههنا إشكالاً آخر وهو أنَّ التعبير في لسان الأخبار المذكورة بالإمام في بعضها و أو الوالي في بعضها و بالسلطان في بعضها و انطباق السلطان أو الوالي على الفقهاء في عصر الغيبة محلُّ إشكال من جهة الشبهة في ثبوت الولاية العامة بل الظاهر الانطباق على النوَّاب الخاصَّة ولم يظهر من الأدلة لزوم تخلص المرأة في كلِّ زمان حتَّى يقال : القدر المتيقن مداخله الحاكم ، ثمَّ عدول المؤمنين ، ثمَّ غير العدول ، ثمَّ إنَّ المرأة مع مراعاة ما ذكر في الأخبار و حليَّتْها للزواج لا سبيل لزوجها عليها إذا جاءت بمقتضى الأخبار لأنَّ المرأة لا تحلُّ لأحدٍ إلا بعد انقطاع عصمتها بالنسبة إلى الزوج فلا فرق بين أن يكون مجيء الزوج بعد ازدواجها أو قبله ، و ما في الشرايع من أنَّ له السبيل عليها قبل أن تتزوج بمقتضى بعض الأخبار لم يظهر وجهه لعدم العثور على الخبر المشار إليه ، وأمَّا لوجاءت قبل تمامية الأمور المذكورة في الأخبار فلا ينبغى الإشكال في أنَّ الزوج الأول أملك حتَّى لو قلنا بعدم لزوم الطلاق كما في خبر سماعه لما فيه من قوله عليه السلام على المحكمي «وإن قدم و هي في عدَّتْها أربعة أشهر و عشراً فهو أملك برجعتها ، لكن لا بدَّ من التقييد بصورة عدم كون الطلاق الطلاق الذي لا تحلُّ لزوجها إلا أن تنكح زوجاً غيره .

السابع في عدد الإماء والاستبراء . عدَّة الأمة في الطلاق قرآن وهما طهران على الأشهر ولو كانت مسترابة فخمسة و أربعون يوماً ، تحت عبد كانت أو تحت حرٍّ و لو أعتقت ثمَّ طلقت لزمها عدَّة الحرَّة وكذا لو طلقها رجعيّاً ، ثمَّ أعتقت في العدَّة أكملت عدَّة الحرَّة ، و لو طلقها بائناً أتمت عدَّة الأمة .

لا إشكال ولا خلاف في أنَّ عدَّة الأمة في الطلاق مع البلوغ والدخول و عدم اليأس و كونها حائلاً قرآن والمشهور أنَّهما طهران ، و ذهب جماعة إلى أنَّهما حيضتان و يدلُّ على المهور صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «عن حرٍّ تحت أمة أو عبد تحتته

حرّة كم طلاقها وكم عدّها ؟ فقال : السنة في النساء في طلاق فإن كانت حرّة فطلاقها ثلاثاً وعدّها ثلاثاً أقراء ، وإن كان حرّاً تحته أمة فطلاقها تطليقتان وعدّها قرءان ، ^(١) حيث إن الظاهر أن القرء في قوله لِلَّيْلِ على المحكي « ثلاثة أقراء » وقوله عليه « قرءان » بمعنى واحد والقرء في عدّة الحرّة بمعنى الطهر فيكون كذلك في عدّة الأمة .

و يمكن أن يقال : لم يعلم أن المراد من القرء في عدّة الحرّة بمعنى الطهر غاية الأمر في عدّة الحرّة قدّم الأخبار الدالة على أن القروء بمعنى الأطهار وحل الأخبار المخالفة لها على التقيّة ومجرّد هذا لا يفيد في تعيين المراد في هذا الخبر فلعل هذا الخبر موافق لتلك الأخبار المخالفة .

و من الأخبار الواردة في المقام ما رواه في الكافي في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « عدّة الأمة حيضتان ، وقال : إذا لم يكن تحيض فنصف عدّة الحرّة » ^(٢) .

و عن سليمان بن خالد في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة إذا طلقت ما عدّها قال : حيضتان أو شهران - الحديث » ^(٣) .

و عن محمد بن قيس في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سمعته يقول : طلاق العبد للأمة تطليقتان وأجلها حيضتان إن كانت تحيض وإن كانت لا تحيض فأجلها شهر ونصف » ^(٤) إلى غير ما ذكر من الأخبار .

و مع ملاحظة هذه الأخبار يشكّل القول بأن القرئين الطهران ، نعم هذا هو المشهور و يوافق المستفاد من الأخبار من أن كل عدد يؤثر فيه الرق نقصاناً يكون الرقيق فيه على النصف و حيث إن التنصيف في الطلاق لا يمكن والتنصيف في القرء لا يتيسر لأن الطهر بين الدمين إنما يظهر نصفه إذا ظهر كله بعد الدّم فلا بد من

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٦ . والكافي ج ٦ ص ١٦٧ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٩ .

الانتظار ، فالأمة تعتد بقرئين مع أن الحرية بثلاثة أقراء و تحرم بتطليقتين مع أن الحرية تحرم بالثلاث .

و إذا كانت مسترابة ولا ترى الدّم تعتد بخمسة و أربعين يوماً نصف ثلاثة أشهر و يدل عليه صحيح محمد بن مسلم وصحيح محمد بن قيس المذكوران ، نعم يخالف هذا ما عن سليمان بن خالد في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة إذا طلقت ما عدتها ؟ قال : حيضتان أو شهران ^(١) ، والظاهر أنه غير معمول به في تعيين شهرين . ويقع الاشكال في المقام من جهة أنه إذا اكتفى بالشهر الهلالي الناقص وانفق الشهران كذلك فهل يكتفى بالنصف حقيقة وذكر خمسة وأربعين لامن باب الخصوصية أو لابد من الاعتداد بهذه المدّة بالخصوص و إن كانت الحرية تعتد بثمانية و ثمانين يوماً . ثم إنه بحسب إطلاق الأخبار لا فرق بين كون الأمة تحت حرّ أو عبد ولو اعتقت ، ثم طلقت لزمتها عدّة الحرية لأنّها حين أمرت بالاعتداد تكون حرّة ، ولو طلقها ثم اعتقت في العدّة فهل تعتد عدّة الأمة لأنّها حين أمرت بالاعتداد كانت أمة أو تعتد عدّة الحرية لأنّها حين الاعتداد حرّة فتعتد عدتها أو يفرق بين الطلاق البائن والرّجعي ففي البائن تعتد عدّة الأمة دون الرّجعي وقد يستشهد لهذا التفصيل برواية الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمد ، عن الحسن بن محبوب ، عن أبي أيّوب الخزاز عن مرازم وفي نسخة عن مهزم عن أبي عبد الله عليه السلام في أمة تحت حرّ طلقها على طهر بغير جماع تطليقاً ثم اعتقت بعد ما طلقها بثلاثين يوماً ولم تنقض عدتها ، قال : فقال : إذا اعتقت قبل أن تنقضي عدتها اعتدت عدّة الحرية من اليوم الذي طلقها و له عليها الرّجعة قبل انقضاء العدّة فإن طلقها بتطليقتين واحدة بعد واحدة ، ثم اعتقت قبل انقضاء عدتها فلا رجعة له عليها و عدتها عدّة الأمة ، ^(٢) .

و يشكّل من مجهوليّة الراوي عن الإمام عليه السلام والمعارضة بين ما دلّ على أنها

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٧ .

تعتدُّ عدَّةُ الحرَّةِ و بين ما دلَّ على أنَّها تعتدُّ عدَّةُ الأُمةِ فمن الأوَّل ما رواه في الفقيه في الصحيح عن ابن أبي عمير ، عن جميل و هشام بن سالم جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام في أمة طَلَّقت ثمَّ اعتقت قبل أن تنقضي عدَّتُها قال : تعتدُّ بثلاث حيض فإن مات زوجها ، ثمَّ اعتقت قبل أن تنقضي عدَّتُها فإنَّ عدَّتُها أربعة أشهر و عشرأً ،^(١)

و ما رواه الشيخ في التهذيب في الصحيح عن جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في أمة كانت تحت رجل فطلقها ، ثمَّ اعتقت قال : تعتدُّ عدَّةُ الحرَّةِ ،^(٢)

والثاني ما رواه في الفقيه و التهذيب في الصحيح عن القاسم بن يزيد عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا طلق الحرُّ المملوكة فاعتدتَّ بعض عدَّتُها عنه ، ثمَّ اعتقت فإنَّها تعتدُّ عدَّةُ المملوكة » ،^(٣)

و مع قطع النظر عن مجهوليَّة الرأوي في الرواية المفصلة بين الرُّجعي والبائن أشكل التخصيص من جهة أقلِّيَّة الطلاق البائن بالنسبة إلى الرُّجعي فكيف يحمل ما دلَّ على لزوم الاعتداد بعدَّة الأُمة بقول مطلق على صورة التطبيق بالطلاق البائن .
وعدَّة الذميمة كالحرَّة في الطلاق والوفاء على الأُشبه ، و تعتدُّ الأُمة من الوفاة بشهرين و خمسة أيَّام ، ولو كانت حاملاً اعتدتَّ مع ذلك بالوضع ، وأمُّ الولد تعتدُّ من وفاة الزوج كالحرَّة .

مقتضى ما دلَّ بإطلاقه على مقدار اعتداد الحرَّة في الطلاق والوفاء عدم الفرق بين المسلمة والذميمة بل في خصوص عدَّة الوفاة دلَّ الدليل على عدم الفرق إلا أنه ورد الرواية بالفرق في خصوص عدَّة الطلاق وكون الذميمة كالأُمة و سبب الرواية إلى الشذوذ و هي ما رواه ثقة الإسلام في الكافي والشيخ في التهذيب في الصحيح عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها هل عليها

(١) المصدر باب طلاق العبد تحت رقم ١٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٦ .

(٣) ج ٢ ص ٢٨٧ والفقيه باب طلاق العبد تحت رقم ٨ .

عدّة منه مثل عدّة المسلمة ؟ فقال : لا لأنّ أهل الكتاب ممالك الإمام ألا ترى أنّهم يؤدّون الجزية كما يؤدّ العبد الضريبة إلى مواليه ، قال : ومن أسلم منهم فهو حرّ يطرح عنه الجزية ، قلت : فما عدّتها إن أراد المسلم أن يتزوّجها ؟ قال : عدّتها عدّة الأمة هيضتان أو خمسة وأربعون يوماً قبل أن تسلم ، قال : قلت له : فإن أسلمت بعدما طلقها ؟ قال : إذا أسلمت بعد ما طلقها فإنّ عدّتها عدّة المسلمة ، قلت : فإن مات عنها وهي نصرانية وهو نصراني فأراد رجل من المسلمين أن يتزوّجها ؟ قال : لا يتزوّجها المسلم حتى تعتدّ من النصراني أربعة أشهر وعشراً عدّة المسلمة المتوفى عنها زوجها ، قلت له : كيف جعلت عدّتها إذا طلقها عدّة الأمة وجعلت عدّتها إذا مات عنها عدّة الحرّة المسلمة وأنت تذكر أنّهم ممالك الإمام ؟ فقال : ليس عدّتها في الطلاق مثل عدّتها إذا توفى عنها زوجها ، وزاد في الكافي « ثمّ قال : إنّ الأمة والحرّة كليهما إذا مات عنهما زوجها سواء في المدّة إلا أنّ الحرّة تعدّوا الأمة لا تعدّ » ، (١) .

وعن يعقوب السراج في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نصرانية مات عنها زوجها وهو نصراني ما عدّتها ؟ قال : عدّة الحرّة المسلمة أربعة أشهر وعشراً » ، (٢) .
و لو لا شبهة الإعراض و عدم العمل لتعيّن التخصيص .

وأما اعتداد الأمة من الوفاة بشهرين وخمسة أيّام فهو المحكي عن جماعة لقاعدة التنصيف . وصحيح الحلبي عدّة الأمة إذا توفى عنها زوجها شهران وخمسة أيّام ، (٣) .
وصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال فيه : « وإن مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحرّة شهران وخمسة أيّام » ، (٤) .

وما رواه الشيخ في التهذيب عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق الأمة فقال : « تطليقتان » قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : عدّة الأمة التي يتوفى عنها زوجها

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٥ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٤٧ .

(٢) د د ص ١٧٥ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٤ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ والاستبصار ج ٣ ص ٣٤٧ .

شهران وخمسة أيام ، وعدة الأمة المطلقة شهر ونصف^(١) .

وعن سماعة في الموثق قال : «سألته عن الأمة يتوفى عنها زوجها فقال : عدتها شهران وخمسة أيام وقال عدة الأمة التي لا تحيض خمسة وأربعون يوماً ،^(٢) .

وقيل : يجب عليها بوفاة زوجها أربعة أشهر وعشراً لجملة من الصحاح وغيرها كصحيح زرارة «أن الحرة والأمة كلتيهما إذا مات عنهما زوجها سواء في العدة إلا أن الحرة تحدد والأمة لا تحدد»^(٣) .

وصحيحه الآخر ديا زرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت أو أمة وعلى أي وجه كان النكاح من متعة أو تزويج أو ملك يمين فالعدة أربعة أشهر وعشراً ،^(٤) .

وموثق سليمان بن خالد عدة المملوكة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً ،^(٥) .

وخبر وهب بن عبد ربه على ما في الفقيه عن رجل كانت له أمٌ ولد ومات ولدها منه فزوجها من رجل فأولدها غلاماً ، ثم إن الرجل مات فرجعت إلى سيدها أله أن يطأها قبل أن يتزوج بها ؟ قال : لا يطأها حتى تعتد من الزوج الميت أربعة أشهر وعشرة أيام ، ثم يطأها بالملك من غير نكاح^(٦) ، إلى غير ذلك .

وقيل بالتفصيل بين مالهو كانت أمٌ ولد لمولاهها فكالحرة أولاً فخمسة وأربعون لشهادة صحيح سليمان بن خالد عن الأمة إذا طلقت ماعدتها ؟ فقال : حيضتان أو شهران حتى تحيض ، قلت : فإن توفى عنها زوجها ؟ فقال : إن علياً عليه السلام قال : في

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ والاستبصار ج ٢ ص ٣٢٦ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ التهذيب ج ٢ ص ٢٩١ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٣ . والاستبصار ج ٣ ص ٣٥٠ . والفقيه باب .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٦) . . .

أمهات الأولاد : لا يتزوجن حتى يعتدّن أربعة أشهر و عشراً و هنّ إماء^(١) ،
 وخبر وهب بن عبدربه على رواية الكليني^(٢) الساقط فيها قوله « ثمّ مات ولدها
 منه » حيث خصّ في الأولى بأمهات الأولاد وكذا في الثانية . وقد يقال : إنّ الظاهر أنّ
 ما نقل عن عليّ صلوات الله عليه ليس لبيان اختصاص الحكم بأمهات الأولاد بل لبيان
 أنّه عليه السلام إذا قال في أمهات الأولاد أنّ الحكم كذا مع أنّها إماء فيظهر أنّ حكم الإماء
 ذلك فلا دلالة فيها على الاختصاص ، فقوله عليه السلام : « و هنّ إماء » ليس قيداً للحكم لبطلان
 على الاختصاص .

و أما خبر وهب فأوّل معارض بما في رواية الفقيه من ثبوت قوله « فمات ولدها »
 فيكون صريحاً في كون العدّة أربعة أشهر و عشراً في غير أمّ الولد و ثانياً غاية الامر
 أن مورده صورة كونها أمّ ولد فلا يبدل على الاختصاص إذ المورد غير منخصّ فيكون
 التعارض بين الطائفتين باقياً و الأقوى القول الأوّل يعني القول بأنّها تعتدّ أربعة أشهر
 و عشراً لأرجحية أخباره بموافقتها لمعوم الكتاب و مخالفتها للعامة لأنّ مذهب جماعة
 منهم على ما قبل هو التنصيف على أنّه يمكن الحمل على التقيّة و على فرض التساوي
 مقتضى الاستصحاب هو القول الأوّل .

و يمكن أن يقال : أمّا ما ذكر من أنّ الظاهر أنّ ما نقل عن عليّ صلوات الله
 عليه الخ فيشكل من جهة أنّه إن كان حكم الأمة في عدّة الوفاة حكم الحرّة بلا فرق
 فلا يترتب على خصوصها أثر بل في الحقيقة يكون الاعتداد بأربعة أشهر و عشر مرتباً
 على الزوجيّة فما معنى و هنّ إماء لعدم الأثر فالأظهر أن يحمل على أنّ كونهنّ إماء
 و إن اقتضى التنصيف في العدّة لكن بواسطة الامومة للولد تعتدّ أربعة أشهر و عشراً و
 الأصل في القيود الاحترازية و المدخلة في الحكم .

نعم يشكل هذا التفصيل من جهة أخرى و هي أنّه كيف يحمل المطلقات على

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٢ و ١٧٣ .

خصوص أم ولد مع عدم الفلبة .

وأما ما ذكر من الترجيح من جهة موافقة الكتاب فهو حق لكن في الطائفة الأخرى أيضاً مزية من جهة موافقة السنة حيث يستفاد من السنة التنصيف .

وأما ما ذكر من أنه مع التساوي نرجع إلى الاستصحاب وعدم الحلبة للأزواج إلا بعد انقضاء أربعة أشهر وعشر فيشكل مع قطع النظر عن الاشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية من جهة أن مقتضى القاعدة مع التساوي التخيير لا الرجوع إلى الأصل . ومع كون الأمة حاملاً نعتد بالوضع أيضاً بلا إشكال ولا خلاف ظاهراً .

ولو طلقها الزوج رجعية ثم مات وهي في العدة استأنفت عدة الحرية ولولم تكن أم ولد استأنفت عدة الأمة للوفاة ، ولومات زوج الأمة ثم أعتقت أتمت عدة الحرية تغليباً لجانب الحرية ، ولو وطئ المولى أمته ثم أعتقها اعتدت بثلاثة أقراء ، ولو كان الزوجة الحرة أمة فابتاعها بطل نكاحه وله وطئها من غير استبراء .

إن قلنا بالتفصيل بين أم الولد وغيرها فلو طلق الزوج أم الولد رجعية فحالها حال أم الولد التي مات زوجها محكومة بالاعتداد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشر أعدة الحرية لأن المطلقة بالطلاق الرجعي بمنزلة الزوجة ولو لم تكن أم ولد نعتد عدة الوفاة شهرين وخمسة أيام عدة الأمة ، ولومات زوج الأمة ثم أعتقت اعتدت عدة الحرية ويدل على الحكم ما رواه الصدوق في الصحيح عن جميل و هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في أمة طلقت ثم أعتقت قبل أن تنقضي عدتها قال : نعتد بثلاث حيض فإن مات عنها زوجها ثم أعتقت قبل أن تنقضي فإن عدتها أربعة أشهر و عشر^(١) ، والاولى الاستدلال به لا بالتغليب لجانب الحرية .

ولو وطئ المولى أمته ثم أعتقها اعتدت بثلاثة أقراء ومن الأخبار الواردة في المقام ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال في رجل

كانت له أمة فوطئها ثم أعتقها وقد حاضت عنده حيضة بعد ما وطئها قال : تعتد بهيضتين .
قال ابن أبي عمير : و في حديث آخر بثلاث حيض (١) .

و في الصحيح أو الحسن عن الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يعتق
سريته أبطلح له أن يتزوَّجها بغير عدة؟ قال : نعم ، قلت : فغيره ؟ قال : لا حتى تعتد
ثلاثة أشهر - الحديث ، (٢) .

وما رواه في التهذيب في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن أعتق رجل جاريتته
ثم أراد أن يتزوَّجها مكانه فلا بأس ولا تعتد من مائه وإن أرادت أن تتزوَّج من غيره
فلها مثل عدة الحرّة » ، (٣) .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن داود الرقي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام « في
المدبرة إذا مات عنها مولاهما أن عدتها أربعة أشهر و عشرة من يوم يموت سيدها إذا
كان سيدها بطلاها ، قيل له : فالرجل يعتق مملوكته قبل موته بساعة أو بيوم قال : فقال
هذه تعتد بثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء من يوم أعتقها سيدها » ، (٤) .

و لو كان زوجة الحرّة أمة فابتاعها بطل نكاحه بلا خلاف ظاهراً واستدل له
بالموثق المتمم بعدم القول بالفصل « عن رجلين بينهما أمة فزوَّجها من رجل ، ثم
إن الرجل اشترى بعض السهمين فقالت : حرمت عليه (٥) » ، ويستأنس لذلك بالمعتبرة
المستفيضة الدالة على بطلان نكاح الحرّة إذا اشترط زوجها له وطئها من غير استبراء
بلا خلاف ظاهراً لقصور الأدلة عن الشمول لمثلها ، وما دلّ على عدم وجوب الاستبراء عليه
للأمة الموطوءة له إذا أعتقها وأراد أن يتزوَّجها .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧١ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ١٧٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٧٢ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٤ و ٣٠٥ من حديث سماعة .

﴿تعمة : لا يجوز لمن طلق رجعيّاً أن يخرج الزوجة عن بيته إلا أن تأتي بفاحشة و هو ما يجب به الحد و قيل أدناه أن تؤذي أهله ولا تخرج هي فإن اضطرت خرجت بعد انتصاف الليل و عادت قبل الفجر﴾.

أما عدم جواز إخراج الزوجة المطلقة بالطلاق الرجعي فيدل عليه الكتاب قال الله تعالى شأنه «ولا تخرجوهن من بيوتهن» ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة ، و السنة ففي صحيح سعد بن أبي خلف سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن شيء من الطلاق فقال : إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فقد بانت ساعة طلقها و ملكت نفسها ولا سبيل له عليها و تعتد حيث شاعت و لانفقة لها ، قال : فقلت : أليس الله يقول : «ولا تخرجوهن من بيوتهن» و لا يخرجن ؟ قال : فقال : إنما معنى بذلك التي تطلق تطليقة بعد تطليقة فتلك التي لا تخرج و لا تخرج حتى تطلق الثالثة فإذا طلقت الثالثة فقد بانت منه و لانفقة لها ، والمرأة التي يطلقها الرجل تطليقة ثم يدعها حتى يخلو أجلاً فهذه أيضاً تعتد في منزل زوجها و لها النفقة و السكنى حتى تنقضي عدتها ،^(١).

و ما رواه في الكافي و التهذيب عن أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام «في المطلقة أين تعتد ؟ قال : في بيتها إذا كان طلاقاً له عليها رجعة ليس له أن يخرجها و لا لها أن تخرج حتى ينقضي عدتها»^(٢).

و ما رواه في الكافي عن سماعة في الموثق قال : سألت عن المطلقة أين تعتد ؟ قال : في بيتها لا تخرج وإن أرادت زيارة خرجت بعد نصف الليل و لا تخرج نهاراً و ليس لها أن تخرج حتى تنقضي عدتها - الحديث ،^(٣).

و عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «لا ينبغي للمطلقة أن تخرج إلا بأذن زوجها حتى تنقضي عدتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر إن

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٠ و التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٩١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٦ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ٩٠ .

لم تحض ، (١) .

و أما الفاحشة المذكورة في الآية فاختلف في معناها و الأخبار المتعلقة بالمقام منها ما رواه في الكافي عن محمد بن علي بن جعفر قال : «سأل المأمون الرضا عليه السلام عن قول الله عز وجل «لا تخرجوهن من بيوتهن» ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة» قال يعني بالفاحشة المبينة أن تؤذي أهل زوجها فإذا فعلت ذلك فإن شاء أن يخرجها من قبل أن تنقضي عدتها فعل ، (٢) .

و عن علي بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن بعض أصحابه ، عن الرضا عليه السلام في قوله عز وجل : «ولا تخرجوهن» - الخ ، قال : «أذاها لأهل الرجل و سوء خلقها» ، (٣) . و ما رواه في الفقيه مرسلًا قال : «سئل الصادق عليه السلام في قوله عز وجل «ولا تخرجوهن» - الخ ، قال : «إلا أن تزني فتخرج و يقام عليها الحد» ، (٤) و في خبر سعد ابن عبد الله المروي عن كمال الدين و تمام النعمة قال : قلت لصاحب الزمان عليه السلام : أخبرني عن الفاحشة المبينة إذا أتت المرأة بها في أيام عدتها حل للرجل أن يخرجها من بيته فقال : الفاحشة المبينة السحق دون الزنا فإن المرأة إذا زنت و أقيم عليه الحد ليس لمن أرادها أن يمتنع بعد ذلك من التزويج بها لأجل الحد فإذا سحقت و جب عليها الرجم و الرجم خزي و من قد أمر الله برجمه فقد أخزاه و من أخزاه فقد أبعدته فليس لأحد أن يقربه (٥) ، و كان ذلك هو الذي دعى المصنف في الشرايع و غيره في الكتاب إلى الجمع بما عرفت على معنى كل فاحشة تقتضي إخراجها و أدناها ذلك .

و يمكن أن يقال الأخبار المذكورة في هذا المقام مع ضعف السند يشكل الأخذ بها مع اختلافها و لامانع من الأخذ بظاهر الكتاب و ما يصدق عليه الفاحشة المبينة و أما مثل إذاها لأهل الرجل فإن تم الدليل على كونها فاحشة من جهة عمل الفقهاء

(١) المصدر ج ٦ ص ٨٩ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ٩٧ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٦ .

(٤) الفقيه باب طلاق السنة تحت رقم ١٠ .

(٥) المصدر ص ٢٥٢ .

قدّس الله أسرارهم وإلا يشكّل من جهة الإشكال في صدق الفاحشة عليه لكن المعروف بين الأعلام عدّه من الفاحشة واستدلّ بالاجماع وعموم الآية و بإخراجه عليه السلام فاطمة بنت قيس لما بذت على أحمائها ، وعن مجمع البيان هو المروي عن أبي عبد الله عليه السلام و كيف كان لا إشكال في حرمة خروج المرأة لا طلاق الكتاب والسنة إلا مع الاضطرار فيجوز بلا خلاف ظاهراً لمكاتبة الصّغار إلى أبي عبد الحسن بن علي عليه السلام في امرأة طلقها زوجها و لم يجز عليها النفقة للعدّة وهي محتاجة هل تجوز لها أن تخرج وتبيت عن منزلها للعمل والحاجة ؟ فوق عليه السلام لا بأس بذلك إذا علم الله الصّحة منها^(١) .

و يمكن أن يقال : بعد ما كان حرمة الخروج في صورة عدم إذن الزّوج و مع الإذن لم يحرم الخروج كما يستفاد من رواية الحلبيّ المذكورة فاللّزم الاستيذان من الزّوج و مع إذنه لا حرمة حتّى يحتاج إلى تحقيق الاضطرار ، و مع عدم الإذن يرفع الحرمة من جهة الاضطرار ، والمكاتبة المذكورة لا تقييد فيها بالخروج بعد انتصاف الليل و العود قبل الفجر ، نعم التقييد بالخروج بعد انتصاف الليل مقتضى ما رواه في الكافي عن سماعة في الموثّق قال : « سألته عن المطلقة أين تعتدّ » قال : في بيتها لا تخرج و إن أرادت زيارة خرجت بعد نصف الليل ولا تخرج نهراً و ليس لها أن تحجّ حتّى تنقضي عدّتها - الحديث^(٢) ، ولم يذكر فيها الاضطرار .

ولا يلزم ذلك في البائن ولا المتوفى عنها زوجها بل تبيت كلّ واحد منهما حيث شاعت و تعتدّ المطلقة من حين الطلاق حاضراً كان المطلق أو غائباً إذا عرفت الوقت ، و في الوفاة من حين يبلغها الخبر

لا إشكال ولا خلاف ظاهراً في عدم لزوم ما ذكر في المطلقة بالطلاق الرّجعي من هدم الخروج من بيت الزّوج و عدم إخراجها مع كون الطلاق بائناً لانقطاع العصمة و قد وقع التصريح في صحيح أبي خلف المذكور و كذلك المتوفى عنها زوجها حيث إنّها بانت ، و يستفاد من قوله عليه السلام في الصحيح المذكور على المحكيّ «إنّما عني بذلك -

(١) الفقيه باب طلاق السنة تحت رقم ١١ .

(٢) تقدم آنفاً .

الخ ، انحصار الحكم المذكور بالمطلقة الرجعية ، وأما اعتداد المطلقة من حين الطلاق فلا خلاف فيه ظاهراً مع حضور الزوج وأما مع الغيبة فهو الأشهر وهو مقتضى اتصال المسبب بسببه واستدل بالصحيح عن محمد بن مسلم قال : قال أبو جعفر عليه السلام : « إن طلق الرجل وهو غائب فليشهد على ذلك فإذا مضى ثلاثة أقراء من ذلك اليوم فقد انقضت عدتها » ^(١)

و عن زرارة ومحمد بن مسلم وبريد بن معاوية ، عن أبي جعفر عليه السلام في الصحيح أو الحسن أنه قال : في الغائب : « إذا طلق امرأته فإنها تعتد من اليوم الذي طلقها » ^(٢) وما في خبر الحلبي من قوله عليه السلام على المحكي « فلتعتد من يوم يبلغها » ^(٣) لعله قابل للحمل على يوم الطلاق الواصل إلى المرأة وللحمل على يوم بلوغ الخبر ، و مع إجماله لإشكال بعد التصريح باعتبار يوم الطلاق في سائر الأخبار .

و أما الاعتداد في الوفاة ومن حين بلوغ الخبر فيدل عليه ما رواه في كتاب قرب الإسناد عن أحمد بن محمد بن محمد بن عيسى ، عن أحمد بن محمد بن أبي نصر ، عن الرضا عليه السلام في الصحيح قال : « سأله صفوان بن يحيى وأنا حاضر عن رجل طلق امرأته وهو غائب فمضت أشهر فقال : إذا قامت البينة أنه طلقها منذ كذا وكذا وكانت عدتها قد انقضت فقد حلت للأزواج ، قال : فالميتوفى عنها زوجها؟ قال : هذه ليست مثل تلك هذه تعتد من يوم يبلغها الخبر لأن عليها أن تحده » ^(٤) .

وما رواه ثقة الاسلام في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام في الرجل يموت وتحتة امرأة وهو غائب قال : تعتد من يوم يبلغها وفاته ^(٥) ، إلى غير ما ذكر من الأخبار .

وفي قبال ما ذكر صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « قلت له : امرأة بلغها نعي زوجها بعد سنة أو نحو ذلك ؟ فقال : إن كانت حبلى ^(٦) فأجلها أن تضع حملها ، وإن كانت

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ١١١ و ١١٠ .

(٢) المصدر ص ١٥٩ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ١١٢ . (٦) يعني حين خرج زوجها

ليست بحبلى فقد مضت عدتها إذا قامت لها البيّنة أنّه مات في يوم كذا وكذا ، وإن لم يكن لها بيّنة فلتعتدّ من يوم سمعت ،^(١)

و خبر الحسن بن زياد «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المطلقة يطلقها زوجها ولا تعلم إلا بعد سنة والمتوفى عنها زوجها ولا تعلم بموته إلا بعد سنة ؟ قال : إن جاء شاهدان عدلان فلا تعتدّان وإلا يعتدّان»^(٢)

و خبر وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أنّ عليّاً عليه السلام سئل عن المتوفى عنها زوجها إذا بلغها ذلك وقد انقضت عدتها فالحداد يجب عليها ؟ فقال عليّ صلوات الله عليه : إذا لم يبلغها حتى ينقضي عدتها فقد ذهب ذلك كله وقد انقضت عدتها»^(٣) ، ولكن الأصحاب لم يعملوا بمضمونها ولكونها موافقة للمحكي عن العامة و ذهب الشيخ في التهذيب إلى أنّ المتوفى عنها زوجها تعتدّ من يوم وفاة الزوج إن كان المسافة قريبة كيوم أو يومين أو ثلاثة وإلا فمن يوم بلغها الخبر و استدلّ عليه بما رواه في الصحيح عن منصور قال : «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : في المرأة يموت زوجها أو يطلقها وهو غائب قال : إن كانت مسيراً أيام فمن يوم يموت زوجها تعتدّ ، وإن كان من بعد فمن يوم يأتيها الخبر لا نهى لابدّ أن تحدد»^(٤)

ولا يخفى الاشكال في العمل به في قبال الأخبار الكثيرة وعدم عمل غير الشيخ ، والحمد لله أولاً وآخراً .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٥ و الاستبصار ج ٣ ص ٣٥٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٤ والاستبصار ج ٣ ص ٣٥٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٢ و قرب الاسناد ص ٦٧ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٥ والاستبصار ج ٣ ص ٣٥٦ .

كتاب الخلع

(بسم الله الرحمن الرحيم) ❀

الحمد لله رب العالمين و الصلوة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

❀ كتاب الخلع والمبارأة والكلام في العقد والشرائط واللواحق وصيغة الخلع أن يقول : خلعتك أو فلانة مختلفة على كذا ، وهل يقع بمجرّدده ؟ قال علم الهدى : نعم ، و قال الشيخ : لا حتى يتبع بالطلاق ولو تجرّد كان طلاقاً عند المرتضى و فسخاً عند الشيخ لو قال بوقوعه بمجرّدأ ❀ .

قد يقال : إن الخلع بالضم من الخلع بفتح الخاء المعجمة الذي هو بمعنى النزع لغة ، و شرعاً إزالة قيد النكاح بفدية من الزوجة وكراهة منها له خاصة .
وعن القاموس الخلع كالمنع النزع إلا أن في الخلع مهلة - إلى أن قال : وبالضم طلاق المرأة ببذل منها أو من غيرها .

و يمكن أن يقال : يظهر من الكلام الأول اشتقاق الخلع بالضم من الخلع بالفتح وهذا مبني على كون المصدر مشتقاً منه و كون المشتقات مشتقات منه ، و الظاهر أن المصدر ليس مشتقاً منه بل هو أيضاً مشتق كساير المشتقات وكلها هيئات للخاء المعجمة واللام والعين المهمة المحفوظة في جميعها وما قيل في تعريف الخلع شرعاً من إزالة قيد النكاح الخ الظاهر خروج مثل الفدية والكراهة عن حقيقته وإلا لزم التكرار كما لا يخفى فالخلع نفس الإزالة والخصوصيات خارجة عن مدلوله بدو ال آخر وكيف كان يحتاج الخلع إلى الإنشاء بالصيغة وظاهر المتن انحصارها في الصيغتين ويشكل من جهة أن الخلع الظاهر أنه من العقود بخلاف الطلاق حيث إنه من الإيقاعات فإن شمله عموم «أوفوا بالعقود» فلا وجه

للحصر و إن استشكل فيه من جهة أن العقد بمعنى العهد أو المشدّد منه فلا يشمل مثل الخلع و إن كان الظاهر عدم توجه الاشكال و مع عدم شمول عموم «أوفوا» و عدم عموم أو إطلاق في الأخبار المتعلقة بالمقام فاللّازم الرجوع إلى الأصل و المعروف بينهم الاحتياط و الأخذ بالمتيقّن لأصالة عدم ترتب الأثر ولا يبعد التمسك بحديث الرّفع في الشكّ في الجزئية والشرطية و هو مقدّم على أصالة عدم ترتب الأثر إن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية .

و أما الكلام في وقوعه مجرّداً عن الطلاق أو أنّه يحتاج إلى الطلاق بعده فيحتاج إلى ذكر الأخبار الواردة في المقام فمنها ما رواه الصدوق في الصحيح عن حماد عن الحلبيّ عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «عدة المختلعة عدة المطلقة و خلعتها طلاقها وهي تجزى من غير أن يسمّى طلاقاً» (١)

وما رواه الشيخ عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : «لا يكون الخلع حتى تقول : لا أطيع لك أمراً ، ولا أبرّ لك قسماً ، ولا أقيم لك حداً فخدمني و طلقني ، فإذا قالت ذلك فقد حلّ له أن يخلعها بما تراضيا به من قليل أو كثير و لا يكون ذلك إلا عند سلطان ، فإذا فعلت فهي أملك بنفسها من غير أن يسمّى طلاقاً» (٢) .

و عن سليمان بن خالد في الصحيح قال : «قلت : رأيت إن هو طلقها بعد ما خلعها أيجوز عليها ؟ قال : قال : و لم يطلقها و قد كفاه الخلع و لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقاً» (٣) .

و عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال : في الصحيح «قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارى زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك أو هي امرأته ما لم يتبعها بالطلاق ؟ قال : تبين منه و إن شئت أن يرد إليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعلت فقلت : إنّه قد روي أنّه لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق ؟

(١) النقيه باب الخلع تحت رقم ٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ . والاستبصار ج ٣ ص ٣١٨ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ . والاستبصار ج ٣ ص ٣١٨ .

قال : ليس ذلك إذا خلع ، فقلت : تبين منه ؟ قال : نعم ،^(١)
وما رواه في الكافي عن محمد بن إسماعيل في الصحيح قال : سألت أبا الحسن الرضا
عليه السلام عن المرأة تبارىء زوجها أو تختلع منه بشاهدين على طهر من غير جماع هل
تبين منه ؟ فقال : أما إذا كان على ما ذكرت فنعم ، قال : قلت : قد روي لنا أنها
لا تبين منه حتى يتبعها بالطلاق؟ قال : فليس تلك إذا خلعا فقلت : تبين منه قال : نعم^(٢) .
وفي قبال ما ذكر ما رواه في الكافي عن موسى بن بكر ، عن العبد الصالح عليه السلام
قال : قال : علي عليه السلام : «المختلعة يتبعها بالطلاق مادامت في العدة»^(٣) .
وما رواه الشيخ في التهذيب عن موسى بن بكر ، عن أبي الحسن الأول عليه السلام
قال : «المختلعة يتبعها بالطلاق مادامت في عدة»^(٤) قد يقوي عدم الحاجة إلى الاتباع
بالطلاق من جهة الأخبار الصحاح المذكورة .

وفي قبالها ليس إلا خبر موسى بن بكر وهو واقفي غير موثق ، ويمكن أن يقال :
هذا لو لم يكن مجبوراً بعمل مثل الشيخ وابن زهرة وابن إدريس مع أن ابن إدريس ممن لا
يعمل إلا بالقطعيات من الأخبار ، وحكى الشيخ أنه مذهب جماعة من المتقدمين ، ويبعد
أن يكون الفتوى من غير جهة الرواية وقد يحمل الأخبار الصحاح المذكورة على التقية
لموافقتها للعامة ، ويشكل من جهة إباء بعضها عن هذا الحمل ففي صحيح سليمان بن
خالد «لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقاً» ، ثم إنه مع الأخذ بالأخبار الدالة على
عدم الاتباع بالطلاق قد يستظهر من بعضها أنه مع الاتباع لا يصح الخلع لأنه لغو لا
يضر بصحة الخلع فاستظهر من صحيحني ابن بزيع حيث قال علي المحكي «ليس ذلك
إذا خلعا» بناءً على نسخة النص وفي الأخرى «فليس تلك إذا خلعا» بل وعلى نسخة
الرفع مع اضممار ضمير الشأن إسمائاً وليس وعلى هذا فما هو المعمول المتعارف من الاتباع
احتياطاً يكون خلاف الاحتياط إلا أن يكون لفظ خلع فعلاً ولم يكن بالنصب خبراً

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ١٤٣ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ١٣١ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ والاستبصار ج ٣ ص ٣١٧ .

ليس و يشكل من جهة لزوم كون ليس تامة و لا يستعمل ليس تامة ولا يبعد أن يكون المراد أنه مع الاتباع ليس خلعاً بمعنى أنه شيء آخر لا أنه مانع عن تحقق الخلع الواقع فتدبر .

والحاصل أنه مع حجية خبر موسى بن بكر تقع المعارضة ولعل الترجيح مع تلك الأخبار الصحاح والمشهور أخفواها .

وأما أنه مع تجرد الخلع عن الطلاق والقول بصحته يكون طلاقاً يترتب عليه أثر بحيث تكون المرأة معه على تطليقتين و بعدهما تحرم حتى تنكح زوجاً غيره أو يكون فسخاً لا يترتب عليه أثر الطلاق ففيه خلاف ذهب الأكثر إلى أنه طلاق ويدل عليه قول أبي عبدالله عليه السلام على المحكمي في صحيفة الحلبي أو حسنته « فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ له ما أخذه منها وكانت عنده على تطليقتين باقيتين و كان الخلع تطليقة ^(١) » وقوله عليه السلام على المحكمي في صحيفة محمد بن مسلم أو حسنته « فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حلّ له ما أخذه منها وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها و كانت بائناً بذلك - الخبر ^(٢) » .

وفي خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام « إذا خلع الرجل امرأته و هي واحدة بائن و هو خاطب من الخطاب ^(٣) » .

وفي رواية أبي بصير عنه عليه السلام « فإذا قالت المرأة لزوجها ذلك حلّ خلعها و حلّ لزوجها ما أخذ منها و كانت عنده على تطليقتين باقيتين و كان الخلع تطليقة ^(٤) » ، إلى غير ما ذكر من الأخبار .

واحتج للشيخ بأن الخلع فرقة عريت عن صريح الطلاق و نيته فكانت فسخاً كسائر الفسوخ و أوجب بأنه لاستبعاد في مساواته للطلاق و قد دلّ الحديث عليه .
وما صح أن يكون مهراً صح فدية في الخلع و لا تقدير فيه بل يجوز أن يأخذ منها زائداً عما وصل إليها منه ولا بد من تعيين الفدية و صفاء أو إشارة .

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٠ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٢١ .

المعروف أن "كلما صح" أن يكون مهرأ صح" أن يكون فدية ، ولازم هذا حيث إنه في مقام التحديد أن "كلما لا يصح" أن يكون مهرأ لا يصح" أن يكون فدية . و من الأخبار المتعلقة بهذا المقام قوله عليه السلام على المحكمي في موثقة سماعة دفاذا هي اختلفت فهي بائن وله أن يأخذ من مالها ما قدر عليه و ليس له أن يأخذ من المبرأة كل الذي أعطاه ^(١) .

و في رواية زرارة دفاذا قالت ذلك فقد حل" له أن يخلعها بما تراضيا عليه من قليل أو كثير ، ^(٢) .

وروى زرارة في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال : والمباراة يؤخذ منها دون المهر والمختلعة يؤخذ منها ما شاء لأن" المختلعة تعتدي في الكلام وتكلم بما لا يحل" لها ^(٣) ، و في جملة من الأخبار " حل" ما أخذ منها ، .

ويمكن الفرق بين المهر والفدية إن قلنا في المهر باعتبار كون المهر ملكاً للزوج باعتبار شبه المعاوضة بين المهر والبضع بخلاف باب الخلع حيث إن" الظاهر أن" المعاوضة فيه بين البذل والتملك وبين الخلع والطلاق ولأمانع من تملك ملك الغير في قبال ما يرجع إلى المملك و إن كان الملك ملكاً لغير المملك إذا كان بائناً المالك للملك كاذن مالك رهن ملكه للراهن ، نعم هذا يتم" إن أخذ باطلاق قوله عليه السلام على المحكمي في رواية زرارة " فقد حل" له أن يخلعها بما تراضيا عليه - الخ ، و لا يستشكل بأن" النظر إلى القليل والكثير في مقابل المبرأة ولا إطلاق له من هذه الجهة .

وأما ما ذكر في المتن من لزوم التعيين وصفاً أو إشارة فيشكل بعدم الدليل عليه حيث إنه قد سبق في باب المهر في النكاح عدم لزوم التعيين غاية الأمر لابد" أن لا يكون مجهولاً بحيث لا يعتبره العقلاء في باب المعاوضات كالتعير بشيء أو فعل و نحوهما .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٥ والاستبصار ج ٣ ص ٣١٨ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ .

﴿ أما الشرائط فيعتبر في الخالع البلوغ و كمال العقل و الاختيار و القصد ، و في المختلعة مع الدخول الطهر الذي لم يجامعها فيه إذا كان الزوج حاضراً و كان مثلها تحيض و أن يكون الكراهية منها خاصة صريحاً ، و لا يجب لوقالت لا دخلن عليك من تكره بل يستحب ، و يصح خلع الحامل مع الدم لو قيل أنها تحيض ﴾ .

أما اعتبار البلوغ و سائر ماذكر في الخالع فلما ذكر في الطلاق لأن الخلع طلاق حقيقة أو بمنزله فيعتبر في الخالع ما يعتبر في المطلق فإن بنى على صحة طلاق البالغ عشرأ فالظاهر صحة خلعها نعم على مذهب الشيخ القائل بأن الخلع فسخ أمكن المنع هنا و لو قيل في الطلاق بالصحة لما دل على عدم صحة نحو هذا من غير البالغ و كذا الكلام في المختلعة فيعتبر فيها ما يعتبر في المطلقة و يشكل بناء على كون الخلع فسخاً إلا أن يستشكل بأن الخلع ليس طلاقاً حقيقة و التنزيل لا يدل على جريان تمام أحكام الطلاق فيه حتى مثل صحة طلاق الغائب بالنحو المذكور في باب الطلاق .

نعم لا إشكال في اعتبار كون الخلع على طهر المرأة من غير جماع و يدل عليه ما رواه الكليني عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : دلاطلاق و لا خلع و لا مبراة و لا خيار إلا على طهر من غير جماع ، ^(١) .

وما رواه الكليني أيضاً في الصحيح عن محمد بن إسماعيل قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارى زوجها أو تختلع منه بشاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه ؟ فقال : إذا كان ذلك على ما ذكرت فنعم ^(٢) .

و ما رواه في التهذيب عن محمد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح قال : سألت أبي الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارى زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك أو هي امرأته ما لم يتبعها بالطلاق ؟ فقال : تبين منه - الحديث ، ^(٣) .

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ .

وأما اشتراط كون الكراهية منها خاصةً صريحاً فاستدل عليه بما رواه في الكافي والفقهاء في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «المختلفة لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها : والله لأأبر لك قسماً ، ولا أطيع لك أمراً ، ولا أغتسل لك من جنابة ولا وطن فراشك من تكرهه ولا أذنن عليك بغير إذنك وقد كان الناس يرخصون في ما دون هذا فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حل له ما أخذ منها وكانت عنده على تطليقتين باقيتين و كان الخلع تطليقة وقال : يكون الكلام من عندها ،^(١) .

وما رواه في الكافي عن سماعة في الموثق قال : «سألته عن المختلفة فقال : لا يحل لزوجها أن يخلعها حتى تقول : لا أبر لك قسماً ، ولا أقيم حدوداً لله فيك ، ولا أغتسل لك من جنابة ، ولا وطن فراشك ولا أدخلن بيتك من تكرهه من غير أن تعلم هذا ولا يتكلمونهم و تكون هي التي تقول ذلك فإذا هي اختلعت فهي بائن و له أن يأخذ من مالها ما قدر عليه ،^(٢) .

وما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «المختلفة التي تقول لزوجها : اخلعني و أنا أعطيك ما أخذت منك فقال : لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً حتى تقول : والله لأأبر لك قسماً ولا أطيع لك أمراً ولا أذنن في بيتك بغير إذنك فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حل له ما يأخذ منها وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها و كانت بائناً بذلك و كان خاطباً من الخطاب^(٣) ، إلى غير ما ذكر من الأخبار .

فاستظهر من هذه الأخبار اشتراط شدة الكراهية و قول المرأة أمثال هذه الأقوال فالكراهية الغير البالغة إلى الشدة أو البالغة إليها بدون القول لاتكفيان ، و المعروف بين المتأخرين الاكتفاء بمطلق الكراهية و استظهر من قول الله تعالى « فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به » .

(١) الفقيه باب الخلع تحت رقم ٢ و الكافي ج ٦ ص ١٢١ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٠ .

والمروى من طرق العامة عن ابن عباس أنها جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله ﷺ وهي بنت عبد الله بن أبي وكان يحبها و تبغضه ، فقالت: يا رسول الله لا أنا ولا ثابت ولا يجمع رأسي رأسه شيء والله لأعيب عليه في دين ولا في خلق ولكن أكره الكفر بعد الإسلام ما أصفه بفضاً إني رفعت جانب الخباء فرأيت أقبل في عدة فإذا هو أشدُّهم سواداً وأخصرهم قامه وأقبحهم وجهاً فنزلت الآية وكان قد أصدقها حديقة فقال ثابت : يا رسول الله ترد الحديقة فقال رسول الله ما تريد من؟ فقالت : نعم وأزیده فقال لاحديقة فقط فاختمت منه .

ويقول الباقر عليه السلام على المحكي في صحيح ابن مسلم إذا قالت المرأة لزوجها لا أطيع لك أمراً مفسراً وغير مفسر حل له أن يأخذ منها وليس له عليها رجعة^(١)، وخبر سماعة قال للصادق عليه السلام : لا يجوز للرجل أن يأخذ من المختلعة حتى تتكلم بهذا الكلام كله فقال : إذا قالت : لا أطيع الله فيك حل له أن يأخذ منها ما وجد^(٢) .

والمحكي عن الشيخ وغيره من المتقدمين أنه لا يجوز الخلع إلا بعد أن يسمع منها ما لا يحل ذكره من قولها لا أغتسل لك عن جنبه ولا أقيم لك حداً ولا وطن فراشك من تكرهه أو يعلم ذلك منها فعلاً .

ويمكن أن يقال يشكل استفادة اشتراط شدة كراهية المرأة بل أصل الكراهية من الكتاب والأخبار المذكورة ، نعم الأقوال المذكورة في الأخبار ناشئة عن الكراهية بل يمكن أن تكون المرأة بانية على عدم القيام بما يجب عليها من دون كراهة بالنسبة إلى الزوج وقوله تعالى : « فان خفتم أن لا يقيما - الخ » لا يستفاد منه الكراهية و نزوله في شأن شخصين خاصين لا يوجب اعتبار خصوصياتهما لكن الظاهر أن اشتراط الكراهية من المسلمات ويقع التعارض بين الأخبار السالفة والخبرين المذكورين ولا يبعد الأخذ بهما

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ والاستبصار ج ٣ ص ٣١٨ .

لموافقة الكتاب وإن كانت مخالفة تلك الأخبار مع صراحتها وصحة إسناده مشكلة ،
ثم إنه مع فرض شدة الكراهة أو مطلق الكراهة إذا كانت المرأة مقيمة حدود الله و
لم يخف ترك حدود الله تعالى بشكل صحة الخلع لظاهر قوله تعالى «فإن خفتن» وظهور
ما في الأخبار المذكورة ، من قولها كذا و كذا في كون المرأة ممن يخاف أن تفعل أو
تترك ما ذكرت .

وأما عدم وجوب الخلع لو قالت لا دخلن عليك من تكره فلظاهر قوله تعالى في كلامه
تعالى و تقدس «فلا جناح عليهما فيما افتدت به» والتعبير في الأخبار المذكورة بالحليّة .
وما في الشرايع من أن فيه رواية بالوجوب لم يعثر عليها ولم يظهر دليل على
الاستحباب أيضاً إلا أن يتمسك بقاعدة التسامح في السنن وفيه كلام .

و أما صحة خلع الحامل مع رؤية الدّم مع القول باجتماع الحمل والحيض
فلما مر في كتاب الطلاق من صحة طلاق الحامل مع استبانة الحمل وإن رأت الدّم .
و يعتبر في العقد حضور الشاهدين العدلين و تجريده عن الشرط ولا بأس بشرط
يقضيه العقد كما لو شرط الرجوع إن رجعت .

أما اعتبار حضور الشاهدين العدلين فلاعباره في مطلق الطلاق و الخلع طلاق أو
بمنزلة الطلاق فيعتبر فيه جميع ما يعتبر في الطلاق ولما في خبري محمد بن إسماعيل
المذكورين .

وأما اعتبار تجريده عن الشرط فقد يقال : إن كان المراد من الشرط في المقام هو
نحو الشرائط الالتزامية في العقود فهو خارج عما نحن فيه من الشرط التعليقي الذي
تقدم اعتبار تجرّد الطلاق عنه ، وإنما هي مسألة أخرى مبناها على قابلية الطلاق و
غيره من الإيقاعات للشرائط الالتزامية على نحو العقود أو خصوص الخلع منه باعتبار
مشابته للعقد لعموم «المؤمنون عند شروطهم» وعدمها ، وإن كان المراد من الشرط هنا
هو الذي يقتضي تعليق انشاء الإيقاع بتحقيق الحال فيه أن الإجماع بقسميه على اعتبار
التنجز في العقد و الإيقاع وقد ذكرنا أن وجه البطلان أنه يقتضي تأخير الأثر سواء
كان على أمر محتمل أو متيقن الحصول .

ويمكن أن يقال : إن النظر إلى المعنى الثاني للشرط كما ذكر في العقود من اعتبار التنجيز فيها في مقابل التعليق والوجه في اعتباره الإجماع ليس غير وما ذكر في وجه البطلان من أنه مع التعليق يلزم تأخر الأثر لا يتم وإلا لزم بطلان الوجوب المشروط والإجماع فيما أم يمكن المنشأ متعلقاً في الواقع ومع كون المنشأ متعلقاً في الواقع لا مانع من التعليق في مقام الإيشاء فالطلاق معلق واقعاً على الزوجة فلو طلق المرأة معلقاً على زوجيتها كما لو كان شاكاً في زوجيتها فلا مانع والبيع معلق على الملكية والسلطنة فلو علق التمليك على الملكية فلا دليل على البطلان وما ذكر من كون المنشأ متعلقاً هو المشهور وبعض الأكابر يجعل الإيشاء معلقاً على الشرط وتفصيل الكلام في الأصول .

هذا ولكن ما ذكر في المتن من قوله - قدس سره - : « ولا بأس بشرط يقتضيه - النخ » ليس من هذا القبيل فإن جواز رجوع الزوجة مع رجوع الزوج إلى الفدية من الآثار وليس مما يكون الخلع معلقاً عليه ويكون من قبيل شرط خيار المجلس في العقد ولا دليل على اشتراط عدمه والأولى التعبير بالرجوع لا الرجوع لأن الزوج في الطلاق الرجعي وما هو بمنزلة له أن يرد المرأة إلى نفسه والرجوع متعدّد دون الرجوع .

﴿ وأما اللواحق فمسائل : الأولى لو خالها و الاخلاق ملتزمة لم يصح ، ولم يملك الفدية . الثانية لا رجعة للخالع نعم لو رجعت في البذل رجعت إن شاء . و يشترط رجوعها في العدة ، ثم لا رجوع بعدها . الثالثة لو أراد مزاجعتها ولم ترجع في البذل افتقر إلى عقد جديد في العدة أو بعدها . الرابع لا توارث بين المختلفين ولومات أحدهما في العدة لانقطاع العصمة بينهما ﴾ .

أما عدم صحة الخلع مع إتيان الأخلاق بنحو لا كراهة للمرأة فظهر وجهه مما مرّ و مرّ أن حلية الفدية منوطة بصحة الخلع وقد سبق الإشكال من أن مقتضى قوله تعالى « فإن خفتم - النخ » أن النظر إلى عدم إقامة حدود الله بل لولا شبهة الإجماع أمكن أن يقال : إذا خيف عدم إقامة حدود الله ولو كانت المرأة مقيمة في الواقع حلّ

الفدية و صح الخلع وهذا أيضاً مقتضى خبر سماعة المذكور . و الظاهر عدم التزامهم بهذا .

وأما أنه لا رجعة للخالع فلما في الأخبار المذكورة من التصريح بالبينونة و في صحيح ابن مسلم المذكور «وليس له عليها رجعة» .

و أما صيرورته رجعياً مع رجوع المرأة إلى الفدية فيدل عليها صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع عن الرضا عليه السلام قال فيها على المحكي «تخلع منها بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع و هل تبين منه بذلك أو هي امرأته ما لم يتبعها بالطلاق فقال تبين منه وإن شاء أن يرد إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت - الحديث (١)» .

و موثقة فضل أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «المختلعة إن رجعت في شيء من الصلح يقول لا رجعت في بضعك (٢)» ، و مقتضى الإطلاق جواز رجوع المرأة إلى الفدية ولو لم يرض الزوج الخالع فلا وجه لاعتبار تراضي الطرفين كما حكى عن ابن حمزة وإن نفى البأس عنه في المختلف لكن الظاهر من صحيحة محمد بن إسماعيل المذكورة جواز رد الزوج الفدية وإن لم ترض المرأة و صيرورة الخلع رجعياً وهذا خلاف ظاهر كلماتهم من اعتبار رجوع المرأة .

و هل يعتبر في جواز رجوع المرأة إلى الفدية تمكن الزوج من رجوعها بحيث لو لم يكن لها عدّة كالصغيرة و اليائسة لم يكن لها الرجوع قد يقال بالاعتبار تمسكاً بقاعدة نفى الضرر و استظهاراً من النصوص و يشكل من جهة الإشكال في تعميم القاعدة و لذا قيل : لو أخذ بعموم القاعدة يلزم فقه جديد .

و أما النصوص فلا يستفاد منها إلا أنه مع رجوع المرأة للرجل أن يرجعها ولا يستفاد منها أنه مع عدم إمكان الرجوع ليس له الرجوع ، ثم إنه مع اعتبار إمكان الرجوع لا بد من كون رجوع المرأة في العدّة لعدم إمكان الرجوع إلا في العدّة و مع

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ .

عدم الاعتبار ما الوجه في اعتبار كون رجوع المرأة بالفدية في العدة بحيث لم يجز بعد انقضاء العدة إلا أن يتمسك بالاجماع كما ادعى .

و أما أنه لو أراد مراجعتها مع عدم رجوع المرأة بما بذلت احتاج إلى عقد جديد فليهنوتها من الزوج وانقطاع العصمة فلا بد من العقد وقد ذكر في بعض الأخبار ، أنه خاطب من الخطاب إلا أنه لا مانع من العقد في العدة بالنسبة إلى الزوج بخلاف العقد بالنسبة إلى غير الزوج حيث إنه لا بد فيه من انقضاء العدة .

و أما أنه لا توارث بينهما فلما عرفت من البيئونة بعد تحقق الخلع وانقطاع العصمة ، ويدل عليه ما رواه الشيخ عن ابن رثاب قال : « سمعت سمران يروي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا يكون خلع ولا تخيير ولا مباراة إلا على طهر من غير جماع و بشاهدين يعرفان الرجل ويريان المرأة ويحضران التخيير وإقرار المرأة على أنها على طهر من غير جماع يوم خيرها ، قال : فقال له محمد بن مسلم : أصلحك الله ما إقرار المرأة ههنا ؟ قال : يشهد الشاهدان عليها بذلك للرجل حذراً أن تأتي بعد فتنى أنه خيرها وهي طامث فيشهدان عليها بما سمعا وإنما يقع عليه الطلاق إذا اختارت نفسها قبل أن تقوم .

و أما الخلع والمباراة فإنه يلزمها إذا أشهدت على نفسها بالرضا فيما بينها وبين زوجها بما يفرقان عليه في ذلك المجلس فإذا افترقا على شيء ورضا به كان ذلك جائزاً عليهما وكانت تطليقة بائنة لارجعة له عليها سمى طلاقاً أولم يسم ولا ميراث بينهما في العدة . قال : والطلاق والتخيير من قبل الرجل و الخلع والمباراة من قبل المرأة (٢) .

و المباراة هو أن يقول براءتك على كذا وهي تترتب على كراهية الزوجين كل منهما صاحبه ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الأكثر والشرائط المعتبرة في الخالع والمختلعة مشترطة هنا ولا رجوع للزوج إلا أن ترجع هي في البذل ، وإذا خرجت من العدة فلا رجوع لها ويجوز أن تغاديبها بقدر ما وصل إليها منه فما دون ولا يحل له ما زاد عنه .

المباراة المفارقة وعدت قسم من الخلع ولذا أثبتوا لها أحكام الخلع من دون أن

بدل دليل على تنزيلها منزلة الخلع ومن الأخبار الواردة في المقام مارواه ثقة الاسلام في الموثق عن سماعة قال : « سألته عن المباراة كيف هي ؟ فقال : تكون للمرأة شيء على زوجها من صداق أو من غيره قد أعطاهما بعضه فيكره كل منهما صاحبه فتقول المرأة لزوجها : ما أخذت منك فهو لي وما بقي عليك فهو لك وأُبارئك فيقول الرجل لها : فإن رجعت في شيء مما تركت فأنا أحق بيبضك ^(١) .

ورواه الشيخ في التهذيب عن سماعة عن أبي عبدالله وأبي الحسن عليهما السلام مثله ^(٢) .
و عن أبي بصير في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « المباراة تقول المرأة لزوجها لك ما عليك و اتركني ، أو تجعل له من قبلها شيئاً فيتركها إلا أنها يقول : فان ارتجعت في شيء فأنا أملك بيبضك ولا يحل لزوجها أن يأخذ منها إلا المهر فما دونه ^(٣) .

وما رواه في الكافي و التهذيب عن أبي الصباح الكناني قال : قال أبو عبدالله عليه السلام « إن با رأت امرأة زوجها فهي واحدة وهو خاطب من الخطاب ^(٤) .

وما رواه في التهذيب عن إسماعيل الجعفي عن أحدهما عليهما السلام قال : « المباراة تطليقة بائن وليس فيها رجعة ^(٥) .

فاستفيد من هذه الأخبار اعتبار كراهية كل من الزوجين بمقتضى موثق سماعة وبذل المرأة وعدم حلية ما يأخذ الزوج أزيد من المهر بل يأخذ المهر وما دونه وانقطاع العصمة و بينونة المرأة إلا أن ترجع المرأة إلى ما بذلت . و كون المباراة تطليقة حقيقة أو بمنزلتها فيعتبر فيها ما يعتبر في الطلاق والصيغة بحسب موثق سماعة المذكور « أبارئك » و يظهر من بعض هذه الأخبار كفاية أن تقول المرأة لزوجها : لك ما عليك و اتركني أو تجعل له من قبلها شيئاً فيتركها .

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٣ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٤٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٥) المصدر ج ٦ ص ٢٧٧ .

و أما اشتراط اتباعها بالطلاق فهو المشهور بل ادعى عليه الإجماع والنصوص خالية عن اعتبار اتباعها بالطلاق بل موثق بهيل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « المباراة تكون من غير أن يتبعها الطلاق ^(١) » يستفاد منه عدم اعتباره ، لكن مخالفة المشهور مشكلة حيث نسب الشيخ في التهذيب بعد إيراد الروايات ، الاتباع بالطلاق إلى الأصحاب المحققين من تقدم منهم ومن تأخر وهمل الرواية يعني رواية بهيل ظاهراً على التقيّة واستشكل صاحب المدارك في شرحه على النافع من خلوص الأخبار المتعرّضة للمباراة المترتبة عليها أحكامها بلفظ الطلاق وكذا صاحب الحقائق .

ثم إنه وقع الخلاف فيما يؤخذ من فدية المباراة بعد الاتفاق على أنه لا يجوز الزيادة على ما أعطاها فالمشهور أنه يجوز له المهر فما دونه ، و ذهب جمع إلى أنه لا يؤخذ إلا دون ما دفع إليها ويدل عليه ما رواه في الكافي عن زرارة في الصحيح أو الحسن بإبراهيم بن هاشم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « المباراة يؤخذ منها دون الصداق و المختلفة يؤخذ منها ما شاء أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر ، وإنما صارت المباراة يؤخذ منها دون المهر و المختلفة يؤخذ منها ما شاء لأن المختلفة تعتدي في الكلام و تكلم بما لا يحل لها ^(٢) » .

ولا مجال للقدح في هذه الرواية من جهة القطع لأن السند في الكافي متصل لا قطع فيه ولا للقدح في خبر أبي بصير باشتراك أبي بصير لأن الراوي عن أبي بصير هنا عبد الله بن مسكان و هو من قرائن أنه ليث المرادي الثقة الجليل .

وقد يجمع بين المتعارضين بحمل رواية الأقل من المهر على الأفضل ، وإن جاز له أخذ الجميع . ويمكن أن يقال : يقوى قول الأكثر من جواز أخذ الأكثر بعمل المشهور و إطلاق بعض الأخبار الواردة في المقام كرواية محمد بن مسلم في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة قالت لزوجها : لك كذا و كذا و خل سبيلي ؟ فقال :

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٨ و الاستبصار ج ٢ ص ٣١٩ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ .

هذه المباراة ^(١) .

وما عن عبدالله بن سنان في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « المباراة تقول
لزوجها : اك ما عليك وبارئني فيتركها ، قال : قلت : فيقول لها : إن ارتجعت في شيء
فأنا أملك ببضعك ؟ قال : نعم ^(٢) .

حيث إن هذين الخبرين ظاهران في بيان حقيقة المباراة فيبعد تقييدهما بقيد
له المدخلية في الحقيقة فتأمل حيث إن لازم هذا عدم مدخلية الكراهة ولا الصيغة
بارائك أو أبارئك وهو خلاف ما التزموا به . والحمد لله أولاً وآخراً .

تم الجزء الرابع ويليه كتاب الكفارات في الجزء الخامس



فهرست

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٥٥	شرائط الموصي		كتاب الوقوف والصدقات
٥٨	شرائط الموصى له	٢	حقيقة الوقف
٦١	عدم صحة الوصية للحربي ^١	٦	شروط الوقف
٦٩	إطلاق الوصية يقتضي التسوية	١١	شروط الموقوف
٧٠	الوصية للأخوال والأعمام	١٢	شروط الواقف
٧١	إذاعات الموصى له قبل الموصي	١٤	شروط الموقوف عليه
٧٣	شرائط الوصي وما يعتبر فيه	١٦	لووقف المسلم على الفقراء
	عدم جواز الوصية من المسلم إلى	١٨	لووقف على مصلحة
٧٧	الكافر	٢٢	لووقف في سبيل الله
٨٠	جواز تغيير الموصي الوصي ^٢	٢٤	إذا وقف على الفقراء
٩٢	الموصى به وما يعتبر فيه	٢٥	عدم جواز إخراج الوقف عن شرطه
٩٦	جواز الوصية بالمضاربة بمال الصغار	٢٩	إطلاق الوقف يقتضي التسوية
١٠٢	الوصية بعنق الممالك	٣٠	السكنى والعمرى
١٠٥	الوصية بجزء من المال	٣٦	معنى الصدقة وأحكامها
١١٢	أحكام الوصية	٣٠	معنى الهبة وشرائطها
١١٩	تصرفات المريض	٣٤	حكم هبة الأب أو الجد للولد الصغير
	كتاب النكاح	٣٧	حكم هبة أحد الزوجين للآخر
١٢٢	صيغة العقد وأحكامه		كتاب الوصايا
١٣٠	آداب النكاح	٥١	معنى الوصية وأحكامها

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
آداب الخلوة	١٢٢	المهر وفيه أطراف	٣٨٣
أحكام التزويج	١٢٠	احكام المهر	٢٠٥
أولياء العقد	١٥١	الشرط في النكاح وما يجوز وما لايجوز	٢١٩
عدم ولاية الأم	١٧٢	القسم والنشوز والشقاق	٢٢٥
أسباب التحريم	١٧٦	أحكام الاولاد	٢٢٣
المحرّمات بالنسب	١٧٦	احكام الولادة وسننها	٢٥٩
المحرّمات بالرضاع	١٧٧	سنن الرضاع والحضانة	٢٦٨
شرائط الرضاع	١٩٢	النفقات وأسبابها	٢٧٦
مستحبات الرضاع	١٩٦	كتاب الطلاق	
أحكام الرضاع	١٩٨	شرائط المطلق	٢٩٢
المحرّمات بالمصاهرة	٢٠٥	شرائط المطلقة	٢٩٨
كراهية عقد الحر على الأمة	٢٢٦	صيغة الطلاق	٥٠٦
المحرّمات باستيفاء العدد	٢٢٢	الاشهاد على الطلاق	٥١٢
المحرّمات باللعان	٢٥٥	اقسام الطلاق	٥١٧
المحرّمات بالكفر	٢٥٧	الطلاق البدعي	٥١٧
النكاح الشفار	٢٨٢	طلاق السنة	٥١٨
النكاح المنقطع	٢٩٦	أحكام طلاق السنة	٥٢٢
نكاح الاماء وأحكامه	٣١٦	المحلل وما يعتبر فيه	٥٣٢
في العيوب والبحث في أقسامها	٣٥٧	أحكام الرجوع	٥٣٨
عيوب الرجل وهي أربعة	٣٥٨	أحكام العدة وشرائطها	٥٢٢
عيوب المرأة وهي سبعة	٣٦٧	الحامل وعدتها في الطلاق	٥٥٢
أحكام العيوب	٣٧٢		

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
عدة الوفاة	٥٥٧	كتاب الخلع والمباراة	
المفقود وأحكامه	٥٦٣	صيغة الخلع وشرائطه	٥٨١
عدة الامة في الطلاق	٥٦٧	شرائط الخالع والمختلعة	٥٨٦
عدة الذمية في الطلاق والوفاة	٥٧٠	اعتبار حضور الشاهدين عند إجراء	
عدم جواز اخراج المطلقة الرجعية	٥٧٦	صيغة الخلع	٥٨٩
		اللواحق	٥٩٠
		المباراة	٥٩٢

